

للإمام العلامة

أبي زكريا يحيى بن شرف النووي الدمشقي

(٦٣١ - ٦٧٦ هـ)

حقق نصوصه وعلق عليه وصنع فهارسه العامة

عبده علي كوشك

طبعة محققة على أربع نسخ خطية

منها واحدة مقابلة بأصل المؤلف مرتين

الجزء السابع

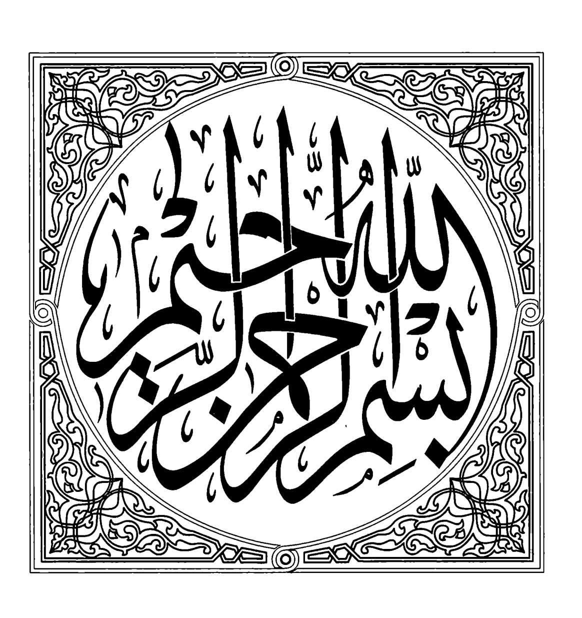
كتاب عقد الجزية والهدنة - السبق والرمي - الأيمان - القضاء

القسمة - الشهادات - الدعوى والبينات - العتق - التدبير

الكتابة - أمهات الأولاد

دار الفيحاء
دمشق

دار المنهل ناشرون
دمشق


بسم الله الرحمن الرحيم


روضة الطالبين



الطبعة الأولى
١٤٣٣ هـ - ٢٠١٢ م

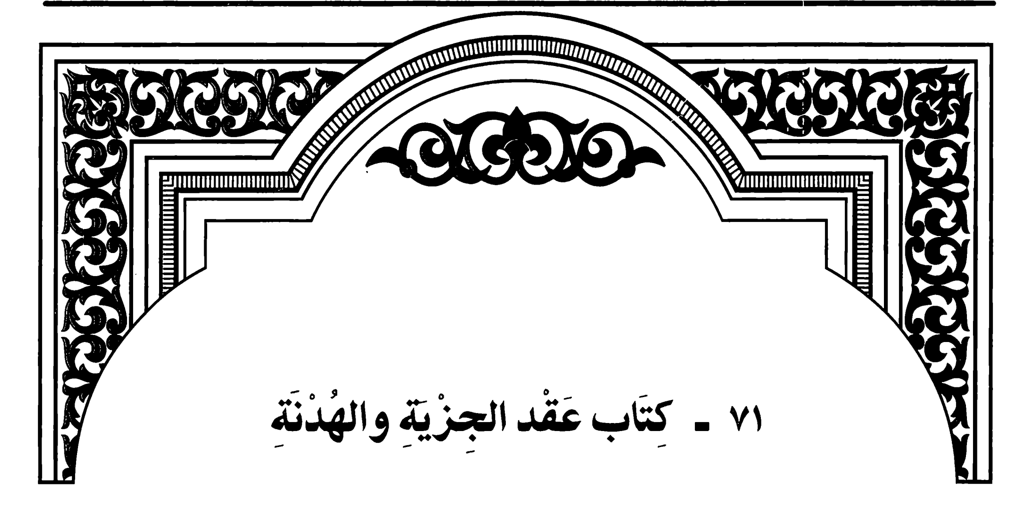


دار الفيحاء
للنشر والتوزيع

سورية - دمشق - حلبوني - ص. ب ١٣٤٦١
هاتف: ٢٤٥٨٣٣٥ - فاكس: ٢٢٣٠٢٠٨
Email: daralfaiha@hotmail.com

دار المنهل ناشرون

سورية - دمشق - حلبوني - ص. ب: ١٣٤٦١
هاتف: ٢٢٣٨١٣٥ - فاكس: ٢٢٣٠٢٠٨
Email: daralmanhal@hotmail.com



٧١ ـ كِتَاب عَقْد الجِزْيَةِ والهُدْنَةِ

فيه بابانِ. الأَوَّل: في الجِزية(١).

وفيه طرفانِ. الأول: في أركانها، وهي خمسةٌ:

الأول: نَفْسُ العَقْدِ، وكيفيَّتُهُ: أَنْ يقولَ الإمامُ، أو نائبُهُ: أَقْرَرْتُكم، أو أذِنْت لكم في الإقامةِ في دار الإسلام(٢) علىٰ أَنْ تبذُلوا كذا، وتنقادوا لأحكامِ الإسلامِ(٣). وهل يشترطُ التعرُّض لقَدْرِ الجِزْية ؟ وجهانِ.

أحدهما: لا، ويجبُ الأقَلُّ.

وأصحُّهما: نَعَمْ، كالثَّمَنِ، والأُجرة. وهل يشترطُ التعرُّضُ لِكَفِّهم اللِّسانَ عن ٱلله تعالىٰ، ورسولِهِ ﷺ، ودِيْنِهِ ؟ وجهانِ.

---

(١) **الجزية لغةً**: من جزىٰ يجزي: إذا قضىٰ، ومنه قوله تعالىٰ: ﴿ وَٱتَّقُواْ يَوْمًا لَّا تَجْزِى نَفْسٌ عَن نَّفْسٍ شَيْـًٔا ﴾ [البقرة: ٤٨]، أي: لا تقضي ولا تعينُ، والمتجازي: المتقاضي، والجزاء بمعنىٰ المقاضاة والقضاء، والجزيةُ أيضاً من المُجازاة؛ لِكَفِّ المسلمين عن الكفار لمُقامهم في دار الإسلام. والجزية اصطلاحاً: تطلق علىٰ العقد، وتطلق علىٰ المالِ الملتزم به، وهي المال المأخوذ منهم عن رقابهم، فهي المال الذي يدفعه الكتابيُّ، ومن في حكمه لبيت مال المسلمين، جزاء كَفِّ اليد عنهم، ودخولهم تحت الحماية والرعاية، والتزام الدولة الإسلامية النظر في شؤونهم، ومعاملتهم كسائر الرَّعايا في صيانة أموالهم وأنفسهم وأعراضهم وعقيدتهم (المعتمد: ٥ / ٩٦)، وانظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٧)، و(البيان: ١٢ / ٢٤٩)، و(تهذيب الأسماء واللغات: ٣ / ٨٨)، (والنجم الوهاج: ٩ / ٣٨٥)، و(المصباح: ج ز ا)، و(الموسوعة الفقهية: ١٥ / ١٤٩ ـ ١٥٠).

(٢) المرادُ بـ(دار الإسلام): غير الحجاز (النجم الوهّاج: ٩ / ٣٨٦).

(٣) المرادُ بـ (أحكام الإسلام): حقوق الآدميين في المعاملات وغرامة المتلفات؛ لتخرج بذٰلك العبادات (النجم الوهّاج: ٩ / ٣٨٦).

أصحُّهما: لا ؛ لأنه داخلٌ في الانقياد.

ويُشترطُ من الذميِّ لَفْظٌ، كَقَبِلْتُ [١١٧٢ / أ]، أو رَضِيتُ بذٰلك.

ولو قال الذميُّ: قَرِّرْني بكذا، فأجابهُ الإمامُ، تَمَّ العقدُ.

ولا يصحُّ عقدُ الذمة مؤقَّتاً علىٰ المذهب؛ لأنه خلافُ مقتضاه، ومَنْ صَحَّحَ، قاسَه علىٰ الهُدْنة.

ولو قال: أُقِرُّكم ما شئتُ، أو أُقِرُّكم ما أَقَرَّكُمُ ٱللهُ، أو إلىٰ أَنْ يشاءَ ٱللهُ، لم يصحَّ علىٰ المذهب، وقيل: علىٰ الخلاف في المؤقَّت بمعلوم، وعكسه الإمامُ[١]، وجعل هٰذا[٢] أَوْلىٰ بالصحَّة، وهو خلافُ ما قاله الأصحابُ.

ولو قال: أُقِرُّكُمْ ما شئتُم، جازَ؛ لأنَّ لهم نبذَ العقد مَتَىٰ شاؤوا، فليس فيه إلَّا التصريحُ بمقتضاهُ، قال الأصحابُ: ولو قال في الهُدنة: هادَنْتُكم ما شئتم، لم يَصِحَّ؛ لأنه يجعلُ الكفارَ مُحكمين علىٰ المسلمين.

فَرْعٌ: إذا طلبَتْ طائفةٌ تُقَرُّ بالجزيةِ عقدَ الذمَّةِ[٣]، وجبَتْ إجابتُهم.

وفي « البيان » وغيرِهِ وجْهٌ: أنها لا تَجِبُ إلَّا إذا رأىٰ الإمامُ فيها مصلحةً كما في الهُدنة[٤]، وهٰذا شاذٌّ متروكٌ، فلو خافَ غائِلَتَهم[٥]، وأَنَّ ذٰلك مَكِيدَةٌ منهم، لم يُجِبْهُمْ.

فَرْعٌ: إذا عُقدت الذمةُ مع إخلالٍ بشرط، لم يلزَم الوفاءُ، ولم تجبِ الجزيةُ المسمَّاةُ، لٰكن لا يُغْتَالُون؛ بل يُبَلَّغون المَأْمَنَ[٦].

---

(١) كلمة: « الإمام » ساقطة من المطبوع.

(٢) في (ظ، أ): « ذا ».

(٣) **عقد الذمة**: العهدُ الذي يعطاه أهل الكتاب، ومن في حُكمهم، ويعتبرون به في عداد رعايا الدولة الإسلامية. انظر: (البيان: ١٢ / ٢٧٣).

(٤) انظر: (البيان: ١٢ / ٢٧٣).

(٥) **غائلتهم**: الغائلة: الفسادُ والشرُّ (المصباح: غ و ل).

(٦) **المأمن**: بفتح الميمين: موضعُ الأمنِ، والمرادُ به: أقرب بلاد الحرب من دار الإسلام (النجم الوهّاج: ٩ / ٤٣٣).

ولو بقيَ بعضُهم علىٰ ذٰلك العقدِ عندنا سَنَةً، أو أكثرَ، وجبَ عليه لكل سَنَةٍ دينارٌ.

ولو دخلَ حربيٌّ دارنا، وبقي مدةً، فاطَّلَعْنا عليه، فوجهانِ.

الصحيح الذي حكاه الإمام(١) عن الأصحاب: أَنَّا لا نأخُذُ منه شيئاً لما مَضَىٰ بخلافِ مَنْ سَكَنَ داراً غصْباً؛ لأنَّ عِمادَ الجزيةِ القَبُولُ، وهٰذا حربيٌّ لم يلتزِمْ شيئاً.

وخَرَّجَ ابْنُ القَطَّانِ(٢) وجهاً آخَرَ: أنه تُؤخَذُ منه جزيةُ ما مَضَىٰ، وعلىٰ الوجهَين: لنا قَتْلُهُ، واسترقاقُهُ، وأخْذُ مالِهِ، ويكونُ فَيئاً. ولو رأىٰ الإمامُ أَنْ يَمُنَّ عليه، ويتركَ أموالَه وذُرِّيته له، جازَ بخلاف سَبَايا الحرب وأموالها؛ لأن الغانمين مَلَكُوها، فاشترطَ استرضاؤُهم؛ فإنْ كان الكافِرُ كتابيّاً، وطلبَ عقدَ الذمةِ بالجزية، فهل نُجيبُه(٣) ونَعْصِمُهُ؟ نقدّم علىٰ هٰذا حكم الأسيرِ إذا كان كتابيّاً، وطلبَ عقدَ الذمةِ بعد الأَسْر، وفي تحريمِ قَتْلِهِ حِينئذ قولانِ.

أظهرُهما: التحريمُ؛ لأَنَّ بَذْلَ الجزيةِ يقتضي حَقْنَ الدم، كما لو بَذَلَها قبلَ الأَسْرِ، فعلىٰ هٰذا: في استرقاقِهِ وجهانِ.

أحدُهما: يحرمُ أيضاً، ويجبُ تقريرُهُ بالجزية كما قبلَ الأَسْرِ.

وأصحُّهما: لا يحرمُ؛ لأنَّ الإسلامَ أعظمُ مِنْ قَبُولِ الجِزْيَةِ، والإسلامُ بعدَ الأسرِ لا يمنعُ الاسترقاقَ، ومالُهُ مغنوم سواءٌ قلنا: يحرمُ، أم لا. إذا عرفْتَ هٰذا فَبَذلَ(٤) الداخِلُ الذي اطَّلَعْنا(٥) عليه الجزيةَ وجبَ قَبُولُها علىٰ المذهب.

وقيل: وجهانِ، كالأسيرِ.

فَرْعٌ: اطَّلَعْنا علىٰ كافِرٍ في دارنا، فقال: دخلتُ لِسَمَاع كَلام اللهِ تعالىٰ، أو لرسالةٍ، صُدِّقَ، ولا يُتَعرَّضُ له، سواءٌ كان معه كتابٌ، أم لا، وفيما إذا لم يكن معه

(١) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٥٨).

(٢) هو أبو الحُسين، أحمد بن محمد بن أحمد بن القطَّان البغدادي. سلفت ترجمته.

(٣) في المطبوع: « يجيبه ».

(٤) في المطبوع: « فبدل »، تصحيف.

(٥) في (ظ)، والمطبوع: « أطلقنا »، تحريف.

احتمالٌ للإمام. ثم نقل ابْنُ كَجٍّ عن النصِّ: أَنَّ[1] مدَّعي الرسالة إِنِ اتُّهِمَ، حُلِّفَ.

وفي « البحر »: أنه لا يلزَمُ تحليفُهُ، ويمكن الجمعُ بين الكلامَين.

ولو قال: دخلتُ بأمانِ مسلمٍ، فهل يطالَبُ ببيِّنَةٍ؛ لإمكانها غالباً، أم يصدَّقُ بلا بيِّنة كدعوىٰ الرسالةِ؛ لأن الظاهر أنه لا يدخلُ بغير أَمانٍ؟ فيه وجهان.

أصحُّهما: الثاني.

قال الرُّوْيَانِيُّ: وما اشتهرَ أَنَّ الرسولَ آمِنٌ، هو في رسالةٍ فيها مصلحةٌ للمسلمينَ؛ من هُدْنَةٍ [١١٧٢ / ب] وغيرِها؛ فإِنْ كان رسولاً في وَعيدٍ وتهديدٍ، فلا أمانَ له، ويتخيَّرُ الإمامُ فيه بين الخِصالِ الأربعِ، كالأَسيرِ[2].

قلتُ: ليس ما ادَّعاه الرُّوْيَانِيُّ بمقبولٍ، والصوابُ: أنه لا فَرْقَ، وهو آمِنٌ مُطلقاً. **والله أعلمُ.**

الركْنُ الثاني: العاقِدُ، ولا يصحُّ عَقْدُ الذمةِ إِلاَّ مِنَ الإمام، أو مَنْ فوَّضه إليه. وفي « كتاب ابنِ كَجٍّ » وجهٌ: أنه يصحُّ عقدُها مِنْ آحادِ الرعيةِ، كالأمان، وهٰذا شاذٌّ متروك، لٰكنْ لو عقدَها أحدُ الرعيةِ، لم يُغْتَل المعقود له؛ بل يلحقُهُ بمأمنه، فإِنْ أقام سنَةً فأكثرَ، فهل يلزمُهُ لكلِّ سَنَةٍ دينارٌ؟ وجهان.

أحدهما: نَعَمْ، كما لو فسدَ عقدُ الإمام.

وأصحُّهما: لا؛ لأنه لَغْوٌ.

الركْنُ الثالثُ: المعقودُ، له خمسةُ شُروطٍ.

أحدُها: العَقْلُ، فلا جزية علىٰ مجنون؛ لأنها لِحَقْنِ الدمِ، وهو محقونٌ.

وفي « البيان » وجه: أَنَّ عليه الجزية[3]، كالمريضِ، والهرِمِ، وليس بشيءٍ؛ فإِنْ كان يُجَنُّ ويُفِيقُ، نُظِرَ:

إِنْ قَلَّ زمنُ جُنونه، كساعةٍ من شهر، أُخذت منه الجزيةُ، وإِنْ كَثُرَ؛ بأَنْ يقطعَ يوماً ويوماً، أو يومَين، فأوجُهٌ.

---

(١) في (ظ)، والمطبوع: « أنه »، خطأ.

(٢) في المطبوع: « كأسيرٍ ».

(٣) انظر: (البيان: ١٢ / ٢٦٥).

أصحُّها: تُلَفَّقُ أيامُ الإفاقة، فإذا تَمَّتْ سَنَة، أُخذتِ الجزيةُ.

والثاني: لا شيءَ عليه، كَمَنْ بعضُه رقيق.

والثالث: حُكمه كالعاقِلِ، وما يطرأ ويزول، كالإغماء.

والرابع: يحكمُ بموجب الأَغلب، فإنِ استوىٰ الزمانُ، وجبتِ الجزيةُ.

والخامس: إنْ كان في آخِرِ السنة عاقِلاً، أُخِذت الجزيةُ، وإلاَّ، فلا.

أَمَّا إذا كان مُفِيقاً، ثم جُنَّ بعد انتصافِ السنةِ، فهو كموتِهِ في أثناء السنة، وإِنْ كان مجنوناً، فأفاقَ في أثناء السنةِ، افتتح سنة، وسنذكرُهما إن شاءَ ٱللهُ تعالىٰ.

ولو وقع في الأَسْرِ مَنْ يُجَنُّ ويُفيقُ، قال الإمام[1]: إنْ غَلَّبنا حكمَ الجُنون[2]، رَقَّ، ولا يقتلُ، وإِنْ غَلَّبنا حكمَ الإفاقة، لم يَرِقَّ بالأَسْرِ، والظاهِر الحَقْنُ، ويتجهُ أَنْ تعتبرَ حالةُ الأسر، وهٰذا هو الأصحُّ عند الغزاليِّ.

الشرطُ الثاني: البُلوغُ، فلا جزيةَ علىٰ صبيٍّ، وإذا بلغَ ولدُ ذميٍّ، فهو في أمانٍ، فلا يُغْتَالُ؛ بل يقالُ له: لا نُقِرُّكَ في دارِ الإسلام إلاَّ بجزيةٍ، فإِنْ لم يَبْذُلِ الجزيةَ، أَلحَقْناه بمأمَنِهِ، وإنِ اختارَ بَذْلها، فهل يحتاجُ إلىٰ استئنافِ عقدٍ، أم يكفي عقدُ أبيه ؟ وجهانِ.

أصحُّهما عند العراقيين، وغيرِهم: الأولُ، فإِنِ اكتفينا بعقدِ أبيه، لزمَهُ مثلُ جِزية أبيه، فإِنْ كانت أكثرَ من دينار، وقال: لا أَبْذُلُ الزيادةَ، فطريقانِ.

أحدُهما: هو كذميٍّ عقد بأكثرَ من دينار، ثم امتنعَ مِنْ بَذْلِ الزيادة، وفيه خلافٌ يأتي إنْ شاءَ ٱلله تعالىٰ.

والثاني: القطعُ بالقَبول؛ لأنه لم يَعْقِدْ بنفسه حتَّىٰ يجعلَ بالامتناعِ ناقِضاً للعهد.

وإنْ قلنا: يستأنفُ معه عقدٌ، رَفقَ به الإمامُ؛ ليلتزمَ ما التزم أبوه، فإِنِ امتنعَ من الزيادة، عقدَ له بالدينار، وسواء اكتفينا بعقدِ أبيه، أم احتَجْنا إلىٰ الاستئناف،

---

(١) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٣٠ ـ ٣١).

(٢) في المطبوع: «المجنون».

فلا فَرْقَ بين أَنْ يكونَ الأبُ قد قال: التزمتُ هـٰذا عن نفسي وفي حقِّ ابني إذا بلغَ، وبين أَنْ لا يتعرَّضَ للابن.

ولو بلغَ الابنُ سفيهاً، وبَذَلَ جِزية أبيهِ، وهي فوقَ دينارٍ، فهل تؤخذُ منه؟ وجهانِ حكاهما البغوي[1]، وليكونا بناءً علىٰ أنه يكتفي بعقد [١١٧٣ / أ] أبيه، أم يستأنفُ؟ إِنِ اكتفَينا، أخذنا، وإلَّا فهو كسفيهٍ جاء يطلبُ عقد الذمةِ، ولا شكَّ أنه يجابُ، ولا يشترطُ إذنُ وليِّهِ؛ لأن فيه مصلحةَ حَقْنِ الدم، لـٰكن لو التزمَ أكثرَ من دينارٍ، قال القاضي حُسَين: تلزمُهُ الزيادةُ وإِنْ لم يأذنِ الوليُّ؛ بناءً علىٰ أَنَّ العهدَ لا يدخلُ تحتَ الولاية، حكاه الإمام[2] عنه، ولم يَرْتَضِهِ، وقال: الحَقْنُ ممكنٌ بدينار، فينبغي أن يمتنعَ من بذلِ الزيادة، وذكر الرُّوْيَانِيُّ نحوَه.

وفي « التهذيب »: الجَزْمُ بأنه لا تؤخذُ الزيادةُ، وإِنْ أذنَ الوليُّ[3].

وقال الغزاليُّ: يصحُّ عقدُ السفيه بالزيادة لِحَقْنِ الدم؛ تشبيهاً بما إذا كان علىٰ السفيهِ قِصَاصٌ، وصالحَ المستحقّ علىٰ أكثرَ مِنْ قَدْرِ الديَةِ، لم يكن للوليِّ منعُهُ، وزادَ فقال: للوليِّ أَن يعقدَ له بالزيادةِ، وليس للسفيهِ المنعُ، كما يشتري له الطعامَ بثمنٍ غالٍ؛ صيانَةً لرُوحِهِ. وفرَّقَ الإمامُ[4] بين هاتين المسألتَين والجزية، وقال: صيانةُ الروحِ لا تَحْصُلُ في المسألتين إلَّا بالزيادة، وهنا بخلافِهِ، والمذهب: أنه لا يصِحُّ عقدُ السفيه والوليّ بالزيادة.

وإذا اختارَ السفيهُ الالتحاقَ، واختارَ الوليُّ عقدَ الذمةِ، فالمتبعُ اختيارُ السفيهِ، ذكره الرُّوْيَانِيُّ، وصاحبُ « البيان »[5].

الشرطُ الثالثُ: الحُرّيةَ، فلا جِزيةَ علىٰ عبدٍ، ولا علىٰ سَيِّدِهِ بسببه، ومَنْ بعضُه رقيقٌ، كالعبدِ، وقيل: يجبُ من الجزيةِ بِقِسْطِ حُرِّيته، والصحيحُ: الأول؛ لأنه غيرُ مقتولٍ بالكُفر، كمَنْ تَمَحَّضَ رِقُّهُ.

---

(١) انظر: (التهذيب: ٧ / ٥٠٢).
(٢) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٢٧).
(٣) انظر: (التهذيب: ٧ / ٥٠٢).
(٤) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٢٧).
(٥) انظر: (البيان: ١٢ / ٢٦٥).

وإذا أُعْتِقَ العبدُ؛ فإنْ كان مِنْ أولادِ مَنْ لا يُقَرُّ بالجزية، فَلْيُسْلِمْ، وإلاَّ فليبلَّغِ المأمَنَ، وإنْ كان مِمَّنْ يُقَرُّ، فَلْيُسْلِمْ، أو لِيَبْذُلِ الجزيةَ، وإلاَّ فليبلَّغ المأمَنَ، سواء أعتقَهُ مسلم، أو ذمي؛ فإنْ أعتقَهُ ذميٌّ، فهل تؤخَذُ منه جزيةُ سيدِهِ، أم جزيةُ عَصَبته؛ لأنهم أخصُّ به، أم يستأنفُ له عقدٌ ؟ فيه أوجُهٌ.

قلتُ: الأصحُّ: الاستئنافُ. **واللهُ أعلمُ**.

الشَّرْطُ الرابعُ: الذُّكُورَةُ، فلا جِزيةَ على امرأةٍ، وخُنْثى، فإنْ بانَتْ ذكورَتُهُ، فهل تؤخذُ منه جزيةُ السنين الماضية ؟ وجهانِ.

قلتُ: ينبغي أَنْ يكونَ الأصَحُّ الأَخْذَ. **واللهُ أعلمُ**.

ولو جاءَتْنا امرأةٌ حربيّةٌ، فطلبت عقدَ الذمة بجِزْية، أو بعثت بذلك من دارِ الحربِ، أعلمها الإمامُ أنه لا جزيةَ عليها، فإنْ رغبَتْ مع ذلك في البَذْلِ، فهذه هِبَةٌ لا تلزمُ إلاَّ بالقَبض.

وإنْ طلبتِ الذمةَ بلا جِزْية، أجابَها الإمامُ، وشرطَ عليها التزامَ الأحكامِ.

ولو حاصَرْنا قَلْعةً، فأرادوا الصلحَ على أَنْ يؤدُّوا الجزيةَ عن النساءِ دون الرجالِ، لم يُجابوا، فإن صُولِحوا عليه، فالصلحُ باطِل، وإنْ لم يكن فيها إلاَّ النساءُ فطلَبْنَ عَقْدَ الذمةِ بالجزية، فقولانِ، نصَّ عليهما في « الأم ».

أحدهما: يعقدُ لهنَّ؛ لأنهنَّ يَحْتَجْنَ إلى صيانةِ أنفسِهِنَّ عن الرقِّ، كما يحتاجُ الرجالُ للصيانة عن القَتْلِ، فعلى هذا: يشترطُ عليهنَّ أَنْ تجرى عليهِنَّ أحكام الإسلام، ولا يُسترققنَ، ولا يؤخذُ منهنَّ شيء، وإنْ أخذ الإمامُ مالاً، رَدَّه؛ لأنهنَّ دفعْنَهُ على اعتقادِ أنه واجب، فإنْ دفعْنَهُ على علم، فهو هِبَةٌ، والحكمُ على هذا القول كما ذكرنا في حربيَّة بعثَتْ من دارِ الحربِ تطلبُ الذمةَ.

والقول الثاني: [١١٧٣ / ب] لا يعقِدُ[١] لهنَّ، ويتوصَّلُ الإمامُ إلى الفتح بما أمكنَهُ، وإنْ عقدَ لم يتعرَّضْ لهنَّ حتَّى يرجِعْنَ إلى القَلعة، فإذا فَتَحها، سَبَاهُنَّ؛ لأن الجزيةَ تؤخذُ لقطعِ الحربِ، ولا حربَ في النساء والصبيان، ولأنهنَّ قد قَرُبْنَ مِن مَصيرهِنَّ غنيمةً، فلا يعرضُ عنهنَّ بعد تحمُّل التعب والمؤنة. والقولانِ متفقان على

(١) في المطبوع: « تعقد ».

أنه لا يقبلُ منهنَّ جِزية، ولا تُؤْخَذُ أَخْذَ[١] إلزام، هٰذا ما نقلهُ الأصحابُ في جميع طرقهم، وشذَّ عنهم الإمامُ[٢] فنقل [في] الخلافِ وجهَين، وجعلهما في أنه هل يلزَمُ قَبولُ الجزية، وتركُ إرقاقِهِنَّ ؟ وضعَّفَ وجهَ اللزوم. وذكرَ الرُّوْيَانِيُّ الطريقةَ المشهورةَ، ثم حكىٰ ما ذكره الإمامُ عن بعضِ الخراسانيين، ولعلَّه أراد به: الإمامَ، ثم قال: وهو غلَطٌ.

ولو كان في القلعة رجلٌ واحد، فبذلَ الجزيةَ، جازَ، وصارت النساءُ تبعاً له في العِصْمة، هٰكذا أطلقَهُ مُطلقونَ، وخَصَّهُ الإمامُ[٣]، والغزاليُّ بما إذا كُنَّ من أهله، وهٰذا أحسَنُ.

فَرْعٌ: عقدُ الذمة يفيدُ الأمانَ للكافِر نَفْساً، ومالاً، وعبيدُهُ مِنْ أموالِهِ.

قال الإمامُ[٤]: وليس له أَنْ يستتبعَ مِنَ النساءِ، والصبيانِ، والمجانينِ مَنْ شاء؛ لأنه يخرجُ عن الضبطِ، ولٰكن لا بُدَّ مِنْ تعلُّقٍ واتصالٍ، فيستتبع من نسوةِ الأقاربِ، وصِبيانهم، ومجانينهم مَنْ شاء؛ بأَنْ يُدْرِجَهُمْ في العقدِ شرطاً، وسواءٌ المحَارِمِ، وغيرُهم؛ فإِنْ أطلقَ، لم يتبعوهُ، ومَنْ له مُصاهرةٌ من النساءِ والصبيانِ والمجانينِ لهم حكمُ الأقارِب علىٰ الأصحِّ، وقيل: كالأجانِبِ.

وفي دخولِ الأولادِ الصغارِ في العَقد عند الإطلاقِ، وجهانِ.

أصحُّهما: الدخولُ؛ اعتماداً علىٰ القرينةِ، والزوجاتُ كالأولادِ الصغارِ، وقيل: كنساءِ القَرابة.

فَرْعٌ: إذا بلغَ الصبيُّ، أو أَفاق المجنونُ، أو عَتَقَ العَبْدُ، زالتِ التبعيَّةُ، ولزمَتْهُمْ الجزيةُ.

وابتداءُ الحَولِ مِنْ حينَ[٥] حدثَتْ هٰذه الأحوالُ، فإنِ اتفقَ ذٰلك في نصفِ حولِ

---

(١) في المطبوع: « يوجد أحد » بدل: « تؤخذ أخذ »، تصحيف. انظر: (فتح العزيز: ١١ / ٥٠٢).

(٢) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٢٤ ـ ٢٥).

(٣) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٢٥).

(٤) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٢٣ ـ ٢٤).

(٥) حين: الأرجح في (حين) الفتح؛ لأن بعدها فعلٌ مبنيٌّ، ويجوز كسرُها علىٰ الأصل (النجم الوهاج: ٨ / ١٤٨).

أهلِهم الذمِّيين مثلاً، فإذا تَمَّ حولُ أَهلهم، ورغبَ هـٰؤلاء في أَنْ يؤدُّوا نصفَ الجزية، فذاكَ، وإلاَّ فإنْ شاءَ الإمامُ أخذَ جزيَتَهم عند تمام حولِهم، وإنْ شاء أَخَّرَ حتَّىٰ يَتِمَّ حولٌ ثانٍ لأهلهم، فيأخذ منهم جزيةَ سنةٍ ونصفٍ؛ لئَلَّا تختلفَ الأحوالُ.

فَرْعٌ: لو دخلَتْ حربيَّةٌ دارَنا بغير تبعيَّةٍ، ولا أمانٍ، ولا طلبِ أمانٍ، جازَ استرقاقُها، وكذا الحكمُ في الصبيِّ، كما يجوزُ قتلُ الكافِرِ إذا دخلَ، كذٰلك.

قال الإمامُ[١]: وكُلُّ حُكْمٍ نُجْريه في القتالِ نُجريه[٢] فيمنْ يُظْفَرُ به مِنْ غيرِ ذِمَّةٍ، ولا أمانٍ.

فَرْعٌ عن نَصِّهِ: إذا صالحَنَا قومٌ علىٰ أَنْ يُؤَدُّوا الجزيةَ عن صِبيانهم، ومجانينهم، ونسائهم سوىٰ ما يؤدُّون عن أنفسهم، فإنْ شَرطوا أَنْ يؤدُّوا من مالِ أنفسهم، جازَ، وكأنهم قَبلوا جزيةً كثيرةً، وإنْ شرطوه من مالِ الصبيانِ والمجانين، لم يَجُزْ أَخْذُهُ.

الشرطُ الخامِسُ: كونُهُ كتابيّاً، فالكفَّارُ ثلاثةُ أصنافٍ.

أحدُها: أهل كتابٍ، ومنهم: اليهودُ، والنَّصارىٰ، فَيُقَرُّوْنَ بالجزيةِ، فلو زعم قومٌ أنهم متمسِّكون بصُحُفِ إبراهيمَ، وزَبُورِ داودَ، صلَّىٰ ٱللهُ عليهما وسلَّم، فهل يُقَرُّوْنَ بالجزية؟ وجهانِ.

أصحُّهما: نَعَمْ، ومنهم من قطعَ به [١١٧٤ / أ]، ولا تَحِلُّ مناكحتُهم وذبيحتُهم علىٰ المذهب؛ عملاً بالاحتياطِ في المواضِعِ الثلاثة، وقيل بِطَرْدِ الخلاف في حِلِّ الذبيحةِ، والمُنَاكحة؛ إلحاقاً لكتُبهم بكتابِ اليهود، وحُكي ذٰلك عن القاضي أبي الطيِّبِ، وغيرِه.

وإذا ألحقناهم باليهود؛ فإنْ تحقَّقْنا صِدْقَهم، أو أسلمَ اثنانِ منهم، وشَهدوا بذٰلك، فذاكَ.

وعن صاحب « الحاوي »: أَنَّ المعتبرَ قولُ جماعةٍ تَحْصُلُ الاستفاضةُ بقولهم، وإنْ شَككنا في أمرهم، [كانوا][٣] كالمجوس.

---

(١) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٢٣).

(٢) في (ظ، أ)، والمطبوع، و(فتح العزيز: ١١ / ٥٠٣): « وكُلُّ حكمٍ بجزيةٍ في القتال بجزية »، تصحيف. المثبت من (س)، موافق لما في (نهاية المطلب: ١٨ / ٢٣).

(٣) ما بين حاصرتين من (أ، س)، موافق لما في (فتح العزيز: ١١ / ٥٠٦).

الصِّنْفُ الثاني: المجوسُ، فَيُقَرُّون بالجزيةِ، وهل كان لهم كتابٌ، أم شُبهةُ كتابٍ؟ قولانِ سبقًا في النكاحِ، أظهرُهما: الأولُ، وقطعَ به بعضُهم.

الثالث: مَنْ ليس له [كتابٌ][1] ولا شُبْهَتُهُ[2]؛ كعبدَةِ الأوثانِ، والملائِكةِ، والشمسِ، ومَنْ في معناهم، فلا يُقَرُّوْنَ بالجزية، سواءٌ فيهم العربيُّ والعَجَميُّ.

فَرْعٌ: اليهودُ والنصارىٰ يُقَرُّون بالجزية، مَهْمَا دخلَ آباؤُهم في اليهودِ أو التنصُّر قبلَ تبدُّلِ ذٰلك الدينِ، ولا فَرْقَ بين أولادِ المبدِّلين، وغيرِهم.

ولو دخلَ وثنيٌّ في يهوديَّةٍ، أو نصرانيَّة بعد مَبْعَثِ نبيِّنا، ﷺ، لم يُقَرُّوا، هُم، ولا أولادُهم، لأنهم تمسَّكوا بدينٍ باطلٍ.

وقال المزنيُّ: يُقَرُّونَ.

والتهوُّدُ بعد بعثةِ عيسىٰ ﷺ كالتهوُّدِ والتنصُّر بعدَ بعثةِ نبيِّنا، ﷺ علىٰ الأصحِّ، وقد ذكرناه في « النكاح ».

وإِنْ دخلوا فيه بعد التَّبديلِ وقبلَ النَّسْخِ، فطريقانِ.

أحدهما: إِنْ تمسَّكَ بما لم يُحَرَّفْ، قُرِّرَ، وإنْ تمسَّكَ بِمُحَرَّفٍ، لم يُقَرَّرْ[3] هو، ولا أولادُهُ.

وقيل[4]: في الأولادِ قولانِ، وبهٰذا الطريق قال العراقيونَ، والبغويُّ[5]، وآخرون.

والثاني: يُقَرُّون بلا تفصيلٍ، ولا خلاف، وهٰذا الطريقُ يُدِيرُ الحكمَ علىٰ الدخول قبلَ النسخِ، وبعده، وهو اختيارُ ابْنِ كَجٍّ، والقاضي أبي الطيِّبِ، والإمامِ[6]، والرُّوْيَانِيِّ. قال القاضي أبو الطيِّب: لا أحفظُ الشرطَ المذكورَ للشافعي، إنما فرقَ

---

(١) ما بين حاصرتين من (أ، س).
(٢) في (ظ)، والمطبوع: « شبهة ».
(٣) في (أ): « لم يقرَّ ».
(٤) في المطبوع: « وهل »، تحريف.
(٥) انظر: (التهذيب: ٧ / ٤٩٣).
(٦) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ١١).

في كُتبه بين ما قبلَ نُزول القرآنِ، وما بعده، وهـٰذا أصحُّ.

قال الإمامُ[١]: لأنهم وإنْ بَدَّلوا فمعلوم أنه بقي فيه ما لم يُبَدَّلْ، فلا تنحطُّ عن شُبهةِ كتابِ المجوسِ، أو تغليباً لِحَقْنِ الدمِ.

ولو لم نَعْرِفْ أَدَخَلُوا قبل النسخِ، أو بعدَه، أو قبلَ التبديل أو بعدَهَ؟ قرَّرناهم بالجزية، كالمجوسِ.

فَرْعٌ: المذهبُ: أَنَّ السَّامِرَة[٢] والصَّابئين[٣] إنْ خالفوا اليهودَ والنصارىٰ في أُصول دينهم فليسوا منهم، وإلَّا فمنهم، وهـٰكذا نصَّ عليه، وعليه يحملُ النصَّانِ الآخران.

وقيل: قولان مطلقاً.

وقيل: تؤخذُ منهم الجزية قطعاً، وهـٰذا فيما إذا لم يكَفِّرْهُمْ اليهودُ والنصارىٰ؛ فإنْ كَفَّروهم، لم يُقَرُّوا قطعاً؛ فإنْ أشكلَ أمرُهم، ففي تقرُّرهم احتمالانِ ذكرهما الإمامُ[٤]، الأصحُّ: الجوازُ.

فَرْعٌ: لو أحاطَ الإمامُ بقومٍ، فزعموا أنهم أهلُ كتاب، أو أَنَّ آباءَهم تمسَّكوا بذٰلك الدِّين قبل التبديل، قَرَّرَهم بالجزية؛ لأنه لا يعرفُ الأمر إلَّا من جهتهم.

قال ابْنُ الصَّبَّاغ: ويشترطُ عليهم إنْ بانَ خلافُ قولهم، نبذ عهدهم، وقاتَلهم، وإنِ ادعاه بعضُهم دون بعض، عاملَ كُلَّ طائفة بِمُقتضىٰ قولِها.

ولا يقبلُ قولُ بعضِهم علىٰ بعضٍ، فلو أسلمَ منهم اثنانِ، وظهرَتْ عدالَتُهما، [١١٧٤ / ب] وشهدا بخلافِ دَعواهم، نبذَ عهدهم، هـٰذا لفظ جماعة.

---

(١) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ١١).

(٢) **السَّامِرة**: هم قوم يشتركون مع اليهود في بعض العقائد، ويخالفونهم في بعضها (المعجم الوسيط: ١ / ٤٦٥)، وانظر: (البيان: ٩ / ٢٦٢، ١٢ / ٢٥٤)، و(الملل والنحل: ١ / ١٩٩ ـ ٢٠٠)، و(نهاية المطلب: ١٦ / ٤٣٨)، و(المصباح: س م ر).

(٣) **الصابئين**: قوم يعبدون الكواكب، ويزعمون أنهم علىٰ ملة نوح، وقبلتهم مهبُّ الشمال عند منتصف النهار (المعجم الوسيط: ١ / ٥٢٤)، وانظر: (البيان للعمراني: ٩ / ٢٦٢ ـ ٢٦٣، ١٢ / ٢٥٤)، و(الملل والنحل: ١ / ٢١٠ ـ ٢١١)، و(المصباح: ص ب ا)، و(نهاية المطلب: ١٦ / ٤٣٩).

(٤) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ١١ ـ ١٣).

وقال الإمامُ[١]: يتبيَّنُ أنه لا ذِمَّةَ لهم، وهل يغتالُهم؛ لِتَلْبيسهم علينا، أم يلحقُهم بالمأمَن؟ فيه تردُّدٌ، والظاهر: اغتيالهم؛ لتَدْليسهم، وكذا لو أسلمَ مِنَ السَّامِرة، أو الصَّابِئين اثنانِ، فشهدا بكُفرهم.

فَرْعٌ: مَنْ أَحَدُ أبويه كتابيٌّ، والآخَرُ وثنيٌّ، فيه طرقٌ، والمذهبُ: تقريره، سواء كانَ الكِتابيّ الأب أو الأم، وقيل: قولانِ، وقيل: لا يُقَرّر، وقيل: يلحقُ بالأب، وقيل بالأُم.

فَرْعٌ: توثَّنَ نصراني، وله أولادٌ صِغار، فإنْ كانت أُمُّهم نصرانيةً، استمرَّ لهم حكمُ التنصُّر، فتقبلُ منهم الجزيةُ بعد بُلُوغهم، وإنْ كانت وثنيَّةً، ففي تقريرهم بالجزية قولانِ.

أظهرُهما: نَعَمْ؛ لأنه ثبتَ لهم عُلْقَةُ التنصُّرِ، فلا تزولُ، وحقيقةُ القولَين ترجعُ إلىٰ أَنَّ تَوَثُّنَهُ هل يستتبعُ أولاده؟ فإن أَتبعناهم، لم يُغتالوا؛ لأنهم كانوا في أمان، ولم تؤخَذْ منهم جزيةٌ، وأَمَّا أبوهم، فيبنىٰ حكمه علىٰ ما سبقَ في « كتاب النكاح » أنه هل يُقْنَعُ منه بالعَود إلىٰ دينه، أم لا يُقنع إلَّا بالإسلام، فإنْ أباهما، فيقتلُ، أم يلحقُ بالمأمن؟ قولانِ، الأظهرُ: الثاني.

فَرْعٌ: الولدُ المنعقِدُ من مرتدّين، هل هو مُسلم، أم مرتدٌّ، أم كافر أصليٌّ؟ فيه أقوالٌ سبقت في « الردَّة » فإن قلنا: مسلمٌ، فَبَلَغَ، وصرَّحَ بالكفر، فمرتدٌّ، وإنْ قلنا: أصليّ، فالصحيحُ أنه لا يُقَرُّ بجزيةٍ.

فَرْعٌ: يهودُ خَيْبَرَ[٢] كغيرهم في ضَرْبِ الجزية عليهم، وسُئِلَ ابْنُ سُرَيْجٍ، رَحِمَهُ اللهُ عَمَّا يدَّعونه: أَنَّ عليّاً ـ رضي ٱلله عنه ـ كتبَ لهم كِتاباً بإسقاطِها[٣]، فقال: لم ينقُلْ

(١) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ١٤).

(٢) خيبر: بلدة معروفة، تبعد عن المدينة المنورة (١٦٥) كِيلاً شمالاً علىٰ طريق الشام (المعالم الأثيرة ص: ١٠٩).

(٣) تزويرُ اليهود لهٰذا الكتاب اكتشفه علماؤنا عن طريق معرفة التاريخ. ذٰلك أن الخيابرة أظهروا كتاباً، وادَّعوا أنه كتاب رسول ٱلله ﷺ بإسقاط الجزية عنهم، وفيه شهادة الصحابة الكرام، وذكروا أنه خَطُّ عليٍّ رضي ٱلله عنه فيه، وحُملَ الكتابُ في سنة (٤٤٧ هـ) إلىٰ رئيس الرؤساء أبي القاسم عليٍّ، وزير القائم، فعرضه علىٰ الحافظ الكبير. أبي بكر، أَحمد بن علي بن ثابت الخطيب البغدادي، فتأمَّلهُ، ثم قال: هٰذا مُزَوَّرٌ، فقيل له: من أين لك هٰذا؟! قال: فيه شهادة معاوية بن أبي سفيان، وهو إنما=

ذٰلك أحَدٌ من المسلمين[١] .

وفي « البحر » : أن ابْنَ أبي هريرةَ أسقطَ الجزيةَ عنهم؛ لأن النبيَّ ﷺ ساقاهم، وجعلهم بذٰلك خولاً .

قال: وهٰذا شيءٌ تفرَّد به[٢]، والمساقاةُ معاملةٌ لا تقتضي إسقاطَ الجزيةِ.

فَصْلٌ: الزَّمِنُ، والشيخُ الفاني، والأجيرُ، والراهِبُ، والأعمىٰ تُضرب عليهم الجزيةُ كغيرهم علىٰ المذهب، والمنصوص؛ لأنَّ الجزيةَ كأجرة الدار، وقيل: إنْ قلنا: لا يُقتلون، فلا جزيةَ، كالنساءِ.

وأمَّا الفقيرُ العاجِز عن الكَسب، فالمشهورُ المنصوصُ في عامة كُتُبِهِ، أَنَّ عليه جزيةً، وفي قول: لا يجبُ.

فعلىٰ المشهورِ: يعقدُ له الذمَّة بالجزية، فإنْ تَمَّ الحَوْلُ وهو[٣] موسِرٌ، أخذناها منه، وإلَّا فهي في ذمتهِ حتَّىٰ يُوسِرَ، وكذا حكمُ الحَول الثاني، وما بعدَه.

وفي وجهٍ: لا يُمْهَلُ، ولا يُقَرُّ في دارِنا؛ بل يقال: إمَّا أَنْ تحصلَ الجزية بما أمكنَك، وإمَّا أَنْ نبلغكَ المأمَنَ؛ لأنه قادرٌ علىٰ رفع الجزيةِ بالإسلامِ. وإذا قلنا: لا يجبُ، عَقَدْنا له الذمةَ علىٰ شرط إجراءِ الأحكام عليه، وبَذْلِ الجزيةِ عند القُدرة؛ فإذا أيْسَرَ، فهو أوَّلُ حولِهِ، هٰكذا قاله الأصحابُ، وأشار الإمامُ[٤] إلىٰ أَنَّ ابتداءَ الحولِ من وقتِ العقدِ.

= أسلم عام الفتح في السنة الثامنة من الهجرة، وفتحُ خيبر كان في سنة سَبْعٍ، وفيه شهادةُ سعد بن معاذٍ، وهو قد مات يوم بني قريظة قبل فتح خيبر بسنتين. وصنَّف رئيس الرؤساء أبو القاسم عليٌّ في إبطاله جزءاً، وكتب له عليه الأئمة: أبو الطيب الطبري، وأبو نصر بن الصبَّاغ، ومحمد بن محمد البيضاوي، ومحمد بن علي الدامغاني، وغيرهم. انظر خبر هٰذا الكتاب المزور في (فتح العزيز: ١١ / ٥١١)، و(سير أعلام النبلاء: ١٨ / ٢٨٠)، و(تذكرة الحفاظ ص: ١١٤١)، و(التلخيص الحبير: ٤ / ١٢٤ ـ ١٢٥)، وفي أصول تاريخ العرب الإسلامي لأستاذنا العلامة المؤرخ محمد شُرَّاب (ص: ٣٠ ـ ٣١)، و(المهذب: ٥ / ٣٢٦).

(١) قال الحافظ في (التلخيص الحبير: ٤ / ١٢٤): « وهو كما قالَ ».

(٢) قال العلَّامة ابن حجر في (التلخيص: ٤ / ١٢٥): « وقد ظنَّ بعضهم أنه من عجيب « البحر »، وليس كذٰلك، فقد ذكره الماوَرْديُّ في « الحاوي »، وقال: لا أعرفُ أحداً وافق أبا عليّ بن أبي هريرة علىٰ ذٰلك ».

(٣) قوله: « لا يجب. . . . . . . وهو »، ساقط من المطبوع.

(٤) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٢٠، ٢٨).

فَرْعٌ: الجاسوسُ الذي يُخافُ شَرُّهُ، لا يُقَرُّ بالجزية.

الرُّكْنُ الرابعُ: المكانُ القابلُ للتَّقْرِيرِ.

بلادُ الإسلام: حِجَازٌ[١] وغيرُهُ؛ فالحِجَازُ: مكةُ، والمدينةُ، واليَمامةُ[٢]، ومَخَاليفُها، أَي: قُرَاها.

قال الإمامُ[٣]: قال الأصحابُ [١١٧٥ / أ]: الطائِفُ، وَوَجٌّ[٤]، وهو وادٍ بالطائِفِ، وما يضافُ إليهما منسوبةٌ إلىٰ مكةَ، معدودةٌ من أعمالها، وخيبرُ من مَخَاليف المدينة.

ثم الحجازُ ضَرْبانِ: حَرَمُ مكةَ، وغيرُهُ.

أَمَّا غيرُه، فيمنعُ الكفَّارُ من الإقامة به، وفي مَنْعِهم من الإقامةِ في الطرقِ الممتدَّة في بلادِ الحجازِ وجهانِ حكاهما الإمامُ[٥]:

الصحيحُ، وهو مُقتضىٰ إطلاقِ الجمهور: نَعَمْ؛ لأنها من الحجاز.

والثاني: لا؛ لأنها ليست مجتمعَ الناس، ولا موضِعَ إقامة، ولا يمنعونَ من

---

(١) قال الإمام أبو إسحاق الشيرازي في (المهذب: ٥ / ٣٤٠): « قال الأصمعيُّ: سُمِّي حجازاً؛ لأنه حجز بين تهامة ونجد ». وقال الدميري في (النجم الوهّاج: ٩ / ٣٩٩): « وقيل: لا حتجازه بالحِرَار الخمسِ، وهي حَرَّةُ واقمٍ، وحَرَّةُ راجلٍ ـ بالراء والجيم ـ وحَرَّة ليلىٰ، وحَرَّة بني سُليم، وحَرَّةُ وَبْـرَة ». وانظـر: (تهـذيـب الأسمـاء واللغـات: ٣ / ١٤١ ـ ١٤٢)، و(معجـم البلـدان: ٢ / ٢١٨ ـ ٢٢٠)، و(آثار البلاد وأخبار العباد ص: ٨٤ ـ ٩٠)، و(المجموع: ١٨ / ٢٦٩)، و(المعالم الأثيرة ص: ٩٧)، و(البيان: ١٢ / ٢٩٠)، و(نهاية المطلب: ١٨ / ٦٠ ـ ٦٣)، و(التهذيب: ٧ / ٥١٣)، و(السنن الكبرىٰ للبيهقي: ٩ / ٢٠٨ ـ ٢٠٩).

(٢) **اليمامة**: مدينة من اليمن، علىٰ مرحلتين من الطائف، وأربع من مكة (تهذيب الأسماء واللغات: ٣ / ٧٠١ ـ ٧٠٢). قال اللواء الركن محمود شيت خطاب في كتابه (قادة النبي ﷺ ص: ٢٩٩): « وهي في منطقة الرِّياض حاليّاً ».

(٣) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٦٠).

(٤) وَجّ: بفتح الواو وتشديد الجيم (تهذيب الأسماء واللغات: ٣ / ٦٩٦)، قال أستاذنا العلاَّمة محمد شُرَّاب في (المعالم الأثيرة ص: ٢٩٥): « يمرُّ في طرف الطائفِ من الجنوب الغربي، ثم الجنوب، ثم الشرق ».

(٥) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٦٢ ـ ٦٣).

ركوبِ بحر الحِجَاز[١]؛ لأنه ليس موضعَ إقامة، ويمنعون مِنَ الإقامة في سواحلِهِ في الجزائر المسكونة في البحر.

ومَتَىٰ دخل كافرٌ الحجازَ بغير إذنِ الإمام، أخرجَه، وعزَّره إنْ علم أنه ممنوعٌ من دُخوله، وإنِ استأذن في دُخوله، أذنَ له إِنْ كان في دُخولِهِ مصلحةٌ للمسلمين؛ كرسالةٍ، أو عقدِ هُدْنة، أو ذِمَّة، أو حَمْلِ متاعٍ يحتاجُ إليه المسلمون.

وإنْ كان دخولُه لتجارةٍ ليس فيها كثيرُ حاجة للمسلمين، لم يأذَنْ له إلَّا بشرطِ أَنْ يأخذَ مِنْ تجارته شيئاً، هٰكذا أطلقهُ جماعةٌ، وحكَوه عن النصِّ.

وفي « التهذيب »: أنه يشرطُ عليه شيئاً، وهو إلىٰ رأي الإمام[٢]، ولعلَّه أراد أَنَّ قَدْرَ المشروطِ إلىٰ رأي الإمام، لا أَصْلَ الشرطِ فلا يخالفُ ما أطلقَهُ غيرُهُ.

قلتُ: هٰذا الاحتمالُ هو مرادُهُ من غير ترديدٍ، وهو مُقْتَضىٰ عبارته. **واللهُ أعلمُ.**

ولا يمكَّنُ مَنْ دخلَ بالإذنِ أَنْ يقيمَ أكثرَ من ثلاثةِ أيام، ويُشرطُ عليه ذٰلك عند الدخولِ، ولا يُحسَبُ من الثلاثة يومُ الدخول والخروج.

ولو كان له ديونٌ، حصلَتْ بمعاملاتِه بعد الدخول، أو من وجْهٍ آخَرَ، ولم يمكن قبضُها في الحال، أمرَ أَنْ يوكِّلَ مسلماً بقبضها، وأُخْرِجَ هو.

ولو كان ينتقلُ مِنْ قرية إلىٰ أخرىٰ ويقيمُ في كُلِّ واحدةٍ ثلاثة [أيام][٣]، لم يمنعْ.

وأمَّا حَرَمُ مكةَ[٤]، زاده ٱلله شرفاً، فيمنعُ الكافِرُ من دُخوله، ولو كان مُجتازاً؛ فإنْ جاءَ برسالةٍ والإمامُ في الحَرمِ، بعثَ إليه مَنْ يسمعُهُ، ثم يخبرُ الإمامَ، أو خرجَ إليه الإمامُ، ويتعيَّنُ عليه ذٰلك إذا قالَ الكافِرُ: لا أُؤدِّي الرسالةَ إلَّا مُشافهة.

وإنْ جاء كافر ليناظرَهُ، لِيُسْلِمَ، خرجَ إليه مَنْ يناظِرُهُ، وإنْ حَمَلَ مِيْرَةً[٥]، خرجَ إليه الراغبون في الشراءِ.

---

(١) **بحر الحجاز**: هو المعروف في أيامنا بـ « البحر الأحمر ».

(٢) انظر: (التهذيب: ٧ / ٥١٣).

(٣) ما بين حاصرتين من المطبوع.

(٤) **حَرَمُ مكة**: هو ما أحاط بمكة من جوانبها، وأطافَ بها، جعل ٱلله عز وجل حكمه حُكمها في الحرمة تشريفاً لها (تهذيب الأسماء واللغات: ٣ / ١٤٥).

(٥) **الميرة**: بكسر الميم: الطعام (المصباح: م ي ر).

وإنْ كان لذميٍّ مالٌ في الحَرَمِ، أو دَيْنٌ، وكَّلَ مسلماً ليقبضَه، ويسلِّمه إليه. وإنْ بذلَ الكافرُ علىٰ الدخولِ مالاً، لم يُجِبْهُ إليه، فإنْ فَعَلَ، فالصُّلحُ فاسد، فإن دخلَ، أُخْرِجَ، وثبتَ العِوَضُ المسمَّىٰ بخلافِ الإجارةِ الفاسِدة؛ فإنه إنما تثبت فيها أجرةُ المثْلِ؛ لأنه ـ هنا ـ استوفىٰ المعوضَ، وليس لمِثْلِهِ أجرةٌ.

وإنْ دخلَ، ولم يَنْتَهِ إلىٰ الموضِع المشروط، وجبتِ الحِصَّة من المُسمَّىٰ.

ولو دخل كافر بغير إذنِ الإمامِ؛ أُخرجَ، وعُزِّرَ، إنْ كان علم، فلو ماتَ فيه، لم يُدْفَنْ فيه، فإنْ دُفِنَ، نُبِشَ، وأُخرِجَ، فإنْ تقطَّعَ، تُرِكَ.

وفي « البحر » وجه: أنه تجمعُ عظامُهُ إنْ أمكنَ وتخرجُ، وبهـٰذا قطع الإمامُ[١]، وبالأولِ قال الجمهورُ.

ولو مرضَ فيه، لم يُمَرَّضْ فيه؛ بل ينقلُ وإنْ خيفَ من النقل موتُهُ.

ولو مرضَ [١١٧٥ / ب] كافِر في الحجاز خارجَ الحَرَمِ، قال الإمامُ[٢]: إنْ أمكنَ نقلُهُ بلا مشقَّةٍ عظيمة عليه، كُلِّفَ الانتقال، فإن خيفَ عليه الموتُ، تركَ حتَّىٰ يَبرأَ، وإن لم يخفِ الموت، ولـٰكن تنالُهُ مشقَّة عظيمة، فالأصحُّ تكليفُهُ الانتقال[٣].

وجوابُ جمهور الأصحاب: أنه لا ينقلُ مُطلقاً، فلو مات في الحجازِ، وتعذَّر نقلُهُ، دُفن فيه، ولفظ الإمام[٤]: أَنَّا نُواريه مُواراة الجِيَفِ. وإنْ كان في طرفِ الحجازِ، نُقِلَ لسُهُولته.

وأطلق أكثرُهم أنه يدفَنُ فيه، وقالوا: إذا جازَ تركُه في الحِجاز؛ للمرَض، فللموتِ أَوْلىٰ. وذكر البغويُّ[٥] تفصيلاً جيِّداً، وهو أنه إنْ أمكَن نقلُه قبلَ أَنْ يتغيَّرَ، نُقِلَ، ولم يُدْفَنْ فيه، وإنْ خِيْفَ عليه التغيُّرُ، دُفن؛ للضرورة.

وإذا دُفِنَ حيثُ لا يُؤْذَنُ فيه، هل يُنبشُ ويخرجُ عند التمكُّن ؟ وجهانِ، حكاهما

---

(١) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٦٤).

(٢) كلمة: « الإمام »، ساقطة من المطبوع.

(٣) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٦٤).

(٤) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٦٤).

(٥) انظر: (التهذيب: ٧ / ٥١٤).

الإمام[١]، والصحيح: المنعُ، وبه قطع الجمهورُ، فعلىٰ هـٰذا: قال الإمام[٢]: لا يبعدُ أَنْ لا يرفعَ نعش قَبْرِهِ[٣].

وأَمَّا حَرَمُ المدينة[٤]، فلا يلحقُ بِحَرَمِ مكةَ فيما ذكرنا، لـٰكن استحسن الرُّوْيَانِيُّ أَنْ يخرجَ منه إذا لم يتعَذَّر الإخراجُ، ويدفنَ خارجَه.

أَمَّا غيرُ الحِجَازِ، فيجوزُ تقريرُ الكُفَّارِ فيه بالجزية، ولكلِّ كافرٍ دخولُهُ بالأمانِ.

وإذا استأذن كافِرٌ في الدخولِ، لم يؤذَنْ له إلَّا لحاجة؛ لأنه لا يؤمَنُ أَنْ يَجُسَّ[٥]، أو يَطَّلِعَ علىٰ عَوْرَةٍ، ويتولَّد من اطِّلاعه فسادٌ، أو يَفْتِكَ بمسلم.

ويؤذنُ له إذا كان في دخولِهِ مصلحةٌ للمسلمين؛ كرسالةٍ، وعقدِ ذمةٍ، أو هُدنةٍ.

وإنْ كان يدخلُ؛ لتجارةٍ، فللإمامِ أَنْ يأذَنَ له إذا رأىٰ ذٰلك، ويأخذَ من تجارته شيئاً، كما سيأتي إِنْ شاءَ ٱللهُ تعالىٰ.

وإذا دخلَ لبعْضِ هـٰذه الأغراضِ، فليكُنْ مكثُهُ بِقَدْرِ الحاجة، وليس لكافرٍ أَنْ يدخلَ مساجدَ هـٰذه البلاد بغير إذنٍ، ولا يؤذنُ له في دخولها؛ لأَكْلٍ، ولا نومٍ، لـٰكن يؤذَنُ؛ لسَمَاعِ القرآنِ، أو الحديثِ، والعِلْم.

قال الرُّوْيَانِيُّ: وكذا لحاجته إلىٰ مُسلم، أو حاجةِ مُسلم إليه. وإذا دخلَ بلا إذنٍ

---

(١) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٦٤).
(٢) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٦٤).
(٣) كذا في الأصول الخطية، والمطبوع، و(فتح العزيز: ١١ / ٥١٧): « لا يبعدُ أن لا يرفع نعش قبره ». ونصُّ الإمام في مطبوع (نهاية المطلب: ١٨ / ٦٤): « وليس يبعد عندنا [ألَّا نمنع] نبش قبره »، وعلَّق الأستاذ الدكتور عبد العظيم الديب في حاشيته علىٰ (نهاية المطلب): « عبارة الأصل: وليس يبعد عندنا نبشُ قبره، و(هـ ٤): وليس يبعد عندنا أن لا يرفع نبش قبره، والمثبت من تصرف المحقق تغيراً، وزيادة ».
(٤) حَرَم المدينة: حُدوده: من جبل ثورٍ (جبل صغير أحمر خلف جبل أحد في شمالها) إلىٰ جبل عَيْرٍ (بقرب ذي الحُليفة: آبار عليٍّ الآن) في جنوبها. ومنْ حَرَّة واقم في شرقها إلىٰ حَرَّة الوبْرة في غربها، وتنعطف الشرقية والغربية من جهة الشمال والجنوب، مما يجعل المدينة بين حَرَّاتٍ أربعٍ. انظر: (تهذيب الأسماء واللغات: ٣ / ١٤٧ ـ ١٤٨)، و(المعالم الأثيرة ص: ٩٨)، وما كتبه العلامة محمد فؤاد عبد الباقي في تعليقه علىٰ (صحيح مسلم: ٢ / ٩٩٥ ـ ٩٩٨).
(٥) يَجُسّ: أي: ينقل أخبار المسلمين إلىٰ أعدائهم.

إِنْ كان جاهلاً فمعذورٌ، ويعرَّفُ، وإنْ كان عالِماً، عُزِّرَ، وقيل: لا يُعَزَّرُ إلَّا أَنْ يشرطَ عليه أَنْ لا يدخلَ بلا إذن.

وجلوسُ القاضي في المسجد إِذْنٌ للكافِرِ في الدخول، إذا[1] كان له خُصومةٌ، وهل يفرّق بين كَوْنه جُنُباً، وغيره؟ وجهانِ سبقا في « كتاب الصلاة »، والصحيحُ الأشهر أنه يكفي إذنُ آحادِ المسلمين في دخول كُلِّ المساجدِ.

وقال الرُّوْيَانِيُّ: لا يكفي في الجامع إلَّا إذنُ السلطان، وفي مساجِدِ القبائِلِ، والمَحَالِّ وجهانِ.

أحدُهما: يشترطُ إذنُ مَنْ له أهليَّةُ الجهادِ.

وأصحُّهما: يكفي إذنُ مَنْ يَصِحُّ أمانُهُ.

وإذا قدمَ وفدٌ من الكُفَّار، فالأَوْلىٰ أَنْ ينزلَهم الإمامُ في دار مُهَيَّأة لذٰلك، أو في فُضولِ مساكِنِ المسلمينَ؛ فإنْ لم يتيسَّرْ، فله إنزالُهم في المسجد. ويجوزُ تعليمُهم القرآنَ إذا رُجي إسلامُهم، ولا يجوزُ إذا خِيْفَ استخفافُهم، وكذا القولُ في تعليم أحاديث النبيِّ، ﷺ، والفقهِ، والكَلامِ، ولا يمنعونَ من الشِّعْرِ، والنَّحْو. قال الرُّوْيَانِيُّ: ومنعَهُ بعضُ الفقهاء؛ لئلَّا يتطاولوا به علىٰ مسلمٍ، لا يُحْسِنُهُ.

قلتُ: قال أصحابنا: لا يمنعُ الكافر مِنْ سَماع القرآنِ، ويمنعُ من مَسِّ المُصْحَفِ [١١٧٦ / أ]، ولا يجوزُ تعليمُهُ القرآنَ إنْ لم يُرْجَ إسلامُهُ، ويمنعُ[2] التعليم علىٰ الأصحِّ، وإِنْ رُجِيَ، جازَ تعليمُهُ علىٰ الأَصَحِّ. **واللهُ أعلمُ**.

فَرْعٌ: مَنْ دخلَ منهم لتجارةٍ، أو رسالةٍ لم يمكَّنْ مِنْ إظهارِ خمرٍ، ولا خِنْزير، ولا يأذنُ له الإمامُ في حملهما[3] إلىٰ دارِ الإسلام.

الرُّكْنُ الخامِسُ: المالُ المعقودُ عليه

وفيه مسائلُ:

إحداها: أقلُّ الجزية دينارٌ لكلِّ سنةٍ، هٰذا هو المنصوصُ الموجود في كتُب

(١) في (ظ)، والمطبوع: « وإذا ».
(٢) في (ظ)، والمطبوع: « ويمنعه ».
(٣) في المطبوع: « حملها ».

الأصحاب، وذكر الإمام[١] أَنَّ الأقلَّ دينارٌ، أو اثنا عَشَرَ درهماً نُقْرَةً خالصةً مسكوكةً، يتخيَّرُ الإمامُ بينهما، ولا يلزمُ الإمام أَنْ يخيِّرهم بأقَلِّ الجزية؛ بل يستحبُّ أَنْ يُماكِس حتَّىٰ يأخذَ من الغنيِّ أربعةَ دنانير، ومن المتوسِّط دينارَين.

وقال الإمام[٢]: موضِعُ المُمَاكَسَةِ[٣] ما إذا لم يعلَم الكافرُ جوازَ الاقتصار علىٰ دينارٍ؛ فإنْ علمَ، تطلبُ الزيادةُ استماحةً؛ فإنِ امتنعوا مِنْ بَذْلِ ما زادَ علىٰ دينار، وجبَ تقريرُهم بالدينار، سواءٌ فيه الغَنيُّ والفقيرُ.

ولو عقدَ بأكثر مِنْ دينار، ثم علمَ أَنَّ الزيادةَ غيرُ لازمة، لزمَهُ ما التزمَ، كمن اشترىٰ شيئاً بأكثرَ[٤] من ثمنِ مِثْله، فإنِ امتنعَ من الزيادة، فوجهانِ.

أحدهما: يقنعُ بالدينار.

وأصحُّهما: أَنه ناقضٌ للعهد بذٰلك، كما لو امتنعَ مِنْ أداءِ أصلِ الجزيَة، وحينئذ هل يبلغُ المأمنَ، أم يُقْتَلُ؟ قولانِ، سنذكرهما، إنْ شاءَ ٱللهُ تعالىٰ، فإنْ بلغَ المأمنَ وعادَ، فطلبَ العقدَ بدينارٍ، أَجَبْناه، هٰكذا ذكره البغويُّ[٥].

وأطلق الإمامُ[٦] أنه إذا قبلَ الزيادة، ثم نَبذَ العهدَ إلينا، لا يُغْتَالُ. وإذا طلبَ تجديد عقدٍ بالدينار، لزمَ إجابتُهُ.

ثم إِنْ كان النبذُ بعد مُضِيِّ سنةٍ، لزمَهُ ما التزمَ، وإنْ كان في أثنائها، لزمَهُ بِقِسْطِهِ؛ تفريعاً علىٰ المذهب فيما إذا مات الذميُّ في أثناء السنةِ.

فَرْعٌ: نصّ أنه لو شرطَ علىٰ قومٍ أَنَّ علىٰ فقيرِهم ديناراً، ومتوسِّطهم دينارَين، وغنيِّهم أربعةً، جازَ. والاعتبارُ في هٰذه الأحوال بوقتِ الأَخْذِ، لا بوقتِ العقدِ، ولا بما يطرأُ، وإنْ قال بعضُهم: أنا متوسِّط، أو فقير، قُبِلَ قولُه إلاَّ أَنْ تقومَ بَـيِّنَةٌ بخلافه.

---

(١) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ١٨).
(٢) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ١٨).
(٣) **المماكسة**: المُشاححة. انظر: (النجم الوهّاج: ٩ / ٤٠٤).
(٤) في المطبوع: « أكثر ».
(٥) انظر: (التهذيب: ٧ / ٤٩٩).
(٦) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ١٩).

المسألةُ الثانيةُ: لو مات الذميُّ، أو أسلمَ بعد مُضِيِّ السنة، لم تسقطِ الجزيةُ كسائر الديونِ، فتؤخَذُ مِنْ تركتِهِ، ومنه إذا أسلمَ.

ولو مَضَتْ سنون، ولم يُؤَدِّ الجزية، أُخِذَتْ منه، ولم تتداخَلْ، كالديون.

ولو ماتَ، أو أسلمَ في أثناء السنةِ، فهل يجبُ قِسْطُ ما مضىٰ، كالأُجرة، أم لا يجبُ شيءٌ، كالزكاةِ؟ قولانِ.

أظهرُهما: الأولُ.

وقيل: تجب قطعاً.

وقيل: عكسه.

وقيل: لا تجبُ في الموت.

وفي الإسلامِ القولانِ، فإنْ أوجبنا، فهل للإمامِ أَنْ يطالِبَ في أثناء السنةِ بِقِسْطِ ما مَضَىٰ؟ وجهانِ.

أصحُّهما: لا، ويَقْرُبُ منه ما ذكره البغويُّ هل للإمام أَنْ يشترطَ تعجيلَها؟ وجهانِ:

وَجْهُ الجوازِ إلحاقُها بالأجرة.

ومتىٰ مات وعليه جزيةٌ، أخِذَتْ من تركَتِهِ مقدمةً علىٰ الوصيَّة، كسائر الديونِ[١].

فلو كان معها دَيْنُ آدَمِيٍّ، فالمذهبُ والمنصوصُ أنه يُسَوَّىٰ بينها وبينَه.

وقيل: فيه الأقوالُ الثلاثةُ في اجتماع دَيْن ٱلله تعالىٰ، ودَيْن الآدميِّ، هل يقدَّمُ ذا، أم ذاكَ، أم يسوَّىٰ؟[٢].

وفي « الوسيط » طريقة جازِمة[٣] بتقديمِ الجزيةِ، وهو غَلَطٌ [١١٧٦ / ب].

الثالثةُ: يستحبُّ للإمام إذا أمكَنَهُ، أَنْ يشرطَ علىٰ أهلِ الذمةِ إذا صُولحوا في

---

(١) في (ظ)، والمطبوع زيادة: « فتؤخذ من تركته، ومنه إذا أسلم » أراها إقحام ناسخ.

(٢) في المطبوع: « يستوي ».

(٣) في المطبوع: « حازمة ».



بلدانهم ضيافةَ مَنْ يَمُرُّ بهم من المسلمين، وشرطُ الضيافةِ يكون لجميع الطارِقين، ولا يختصُّ بأهل الفَيء، هـٰذا هو المذهب، وبه قطع الجمهورُ.

وقيل: في اختصاصِهم وجهانِ.

وهل الضيافة زيادةٌ مقصودة في نفسِها، أم محسوبةٌ من الجزية؟ وجهانِ.

أصحُّهما وأشهرهما: أنها زيادةٌ وراءَ أقلِّ الجزيةِ، فعلىٰ هـٰذا: إنْ قبلوها، لزمَ الوفاءُ، وجرَت مجرىٰ الزيادة علىٰ دينار، وإنْ قلنا: إنها من الجزية، فعلمنا في آخِرِ السنة أَنَّ ما ضيفوا به لا ينقصُ عن دينار فذاكَ، وإنْ نقصَ، لزمَهم تتميمُهُ.

وإذا شَرَطْنا الضيافةَ، ثم رأىٰ الإمامُ نقلَها إلىٰ الدنانيرِ، فليس له ذٰلك علىٰ الأصحِّ إلَّا برضاهم، فإنْ رُدَّتْ إلىٰ الدنانير، فهل يبقىٰ للمصالِح العامة، أم يختصُّ بأهلِ الفيء؟ وجهان.

أصحُّهما: الاختصاصُ، كالدنانيرِ المضروبةِ.

وتشترطُ الضيافةُ علىٰ الغنيِّ والمتوسِّط، وفي الفقير أوجُهٌ.

أصحُّها: لا تشترطُ عليه.

والثاني: بلىٰ.

والثالثُ: تشترطُ علىٰ المُعْتَمِلِ دون غيرهِ.

ويتعرَّضُ الإمامُ عند اشتراط الضيافةِ لأمورٍ.

منها: أَنْ يبيّنَ عدَد أيام الضيافة في الحولِ، كمئةِ يومٍ، أو أَقلَّ، أو أكثرَ.

وفي «البحر»: أنه لو لم يذكرْ عدد الأيام في الحول، وشرطَ ثلاثة أيام مثلاً عند قُدوم كل قوم، فوجهانِ: إنْ جعلناها جزيةً، لم يَجُزْ، وإلَّا فيجوزُ.

ومنها: بيانُ عددِ الضِّيفان من الفُرسان، والرَّجَّالة.

وعن «الحاوي» أَنَّ التعرُّضَ لعددِ الضيفانِ؛ إنَّما يشترطُ إذا جَعَلْنا الضيافةَ من الجزية؛ فإنْ جَعَلْناها وراءَها، جاز أَنْ لا يبيّنَ العدد.

ثم إنْ تَسَاوَوا في الجزية، تساوَوا في الضيافة، وإنْ تفاوتوا، فاوتَ بينهم، فيجعلُ علىٰ الغنيِّ ضِيافة عشرين مثلاً، وعلىٰ المتوسِّط عَشَرَة، والفقير؛ إنْ قلنا باشتراطها عليه خمسة.

وفي وجْهٍ: يسوّي بينهم في الضيافة، وإنْ تفاوتوا في الجزية.

ولو شرطَ عدد الضيفان علىٰ جميعهم، وقال: تضيفونَ في كُلِّ سنة ألفَ مسلمٍ، قال الرُّوْيَانِيُّ: يكفي ذٰلك، ثم هم يوزِّعونها، أو يتحمَّلُ بعضُهم عن بعض.

ومنها: بيانُ ذٰلك الطعام والإدام وجنسهما، فيقول: لكلِّ واحدٍ كذا من الخبز، وكذا من السَّمن، أو الزيت، ويتعرَّضُ لعلَفِ الدوابِّ من التبْن، أو الحشيش، أو القَتِّ[١]، ولا يحتاجُ إلىٰ ذكرِ قَدْرِ العلف. وإنْ ذكرَ الشعير، بيّن قَدْره، وإطلاقُ العَلَفِ لا يقتضي الشعيرَ، نصَّ عليه.

ومنها: بيانُ[٢] منزلِ الضِّيفانِ من فُضولِ منازِلِهم، أو كنائِسِهم، أو بيوت الفقراءِ الذين لا يُضيفون، وليكُنِ الموضِعُ بحيثُ يدفعُ الحَرَّ والبرْدَ، ولا يخرجونَ أهلَ المنازِلِ منها.

ومنها: أَنْ يبيّنَ مدة مُقَام الضيفِ[٣]، ولا يزيد علىٰ ثلاثة أيام، وقال ابْنُ كَجٍّ: يشترطُ علىٰ المتوسِّط ثلاثة أيام، والغني سِتَّة.

وقال الإمامُ[٤]: وإذا حصلَ التوافُق علىٰ الزيادة، فلا مَنْعَ، ولا يفرّق بين الطبقاتِ في جنسِ الطَّعامِ.

فَرْعٌ: لو أراد الضيفُ أَنْ يأخذَ منهم ثمنَ الطعام، لم يلزمْهُم، ولو أراد أَنْ يأخذَ الطعامَ، ويذهبَ به، ولا يأكلَه، فله ذٰلك بخلافِ طعامِ الوَليمة؛ لأنَّ هـٰذه مُعاوضةٌ، وتلك مَكْرُمَةٌ، ولا يطالبُهم بطعامِ الأيامِ الثلاثةِ في اليومِ الأَولِ.

ولو لم يأتوا [١١٧٧ / أ] بطعامِ اليومِ، فهل للضيفِ المطالَبة من الغَدِ؟ إنْ جعلنا الضيافةَ محسوبةً من الدينار، فله ذٰلك، وإلاَّ، فلا.

ولا تلزمُهُم أجرةُ الطبيب، والحَمَّامِ، وثَمَن الدواء.

ولو تنازعوا في إنزالِ الضيفِ، فالخيارُ له.

---

(١) **القتُّ**: الفِصْفِصة إذا يبست (المصباح : ق ت ت).

(٢) كلمة: « بيان »، ساقطة من المطبوع.

(٣) **مدة مقام الضيف**: بضم الميم، أي: قدر إقامته. انظر: (النجم الوهّاج: ٩ / ٤١٢).

(٤) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٢١).

ولو تزاحَمَ الضِّيفانُ علىٰ ذميٍّ، فالخيارُ له.

ولو قَلَّ عددُهم، وكَثُرَ الضيفانُ، فالسابِق أَحَقُّ، فإِنْ تساوَوْا، أقرعَ، وليكُنْ للضِّيفانِ عَريفٌ، يرتِّبُ أمرَهم.

فَصْلٌ: تؤخَذُ الجزيةُ علىٰ سبيل الصَّغارِ والإهانة؛ بأَنْ يكونَ الذميُّ قائِماً، والمسلمُ الذي يأخذُها جالِساً، ويأمرَه بأَنْ يُخْرِجَ يده مِنْ جَيبه، ويَحْنِيَ ظهرَه، ويُطأطِئَ رأسَه، ويَصُبَّ ما معه في كِفَّة الميزان، ويأخذ المُسْتَوفي بلحْيته، ويضرب في لِهْزِمَتِهِ[1]، وهي: مُجْتَمَعُ اللَّحْمِ بين الماضِغ والأُذن[2]، وهٰذا معنىٰ الصَّغارِ عند بعضِهم[3]، وهل هٰذه الهيئةُ واجبةٌ، أم مستحبَّةٌ؟ وجهانِ.

أصحُّهما: مستحبَّةٌ، ويُبنىٰ عليهما أنه هَلْ يجوزُ أَنْ يوكلَ الذميُّ مسلماً بأداء الجزيةِ، وأَنْ يضمنَها مسلمٌ عن ذمي، وأَنْ يحيلَ ذميٌّ بها علىٰ مسلم؟ فإِنْ أوجَبْنا إقامةَ الصَّغارِ عند أداء الجزية، لم يَجُزْ، وإِنْ قلنا: المقصودُ تحصيلُ ذٰلك المالِ، ويَحْصُلُ الصَّغَارُ بالتزامِهِ المالَ، والأحكامَ كُرهاً، جازَ، والضمانُ أولىٰ بالصحَّة؛ لأنه لا يمنعُ مطالبةَ الذميِّ وإقامةَ الصَّغار عليه.

ولو وكلَ ذميٌّ ذميّاً بالأداء، قال الإمام[4]: الوجهُ: طَرْدُ الخلافِ.

ولو وكَّلَ مسلماً في عقد الذمةِ له، جازَ؛ لأن الصَّغَارَ يرعىٰ عند الأداءِ دون العقدِ.

قلتُ: هٰذه الهيئةُ المذكورةُ أوَّلاً، لا نعلمُ لها علىٰ هٰذا الوجْهِ أصلاً معتمَداً، وإنَّما ذكرها طائفة من أصحابنا الخُراسانِيين، وقال جمهورُ الأصحاب: تؤخَذُ الجزيةُ

---

(١) **اللِّهْزِمة**: بكسر اللام والزاي: عظمٌ ناتئ في اللَّحْيِ تحت الأذن، وهما لِهْزِمتان (المصباح: ل هـ ز م)، وفي حديث الزكاة: «ثم يأخذ بِلهزمتيه» قال في نهاية الغريب: «يعني: شدقيه»، وانظر: «النجم الوهّاج: ٩ / ٤٠٨».

(٢) في المطبوع زيادة: «من اللَّحْي».

(٣) وهناك معنًى آخر للصَّغارِ: وهو جريانُ أحكامِ الإسلام عليهم علىٰ خلافِ عقيدتهم، فإنَّ أشدَّ الصَّغار علىٰ المرء أن يحكم عليه بغير ما يعتقده. انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ١٧)، و(التهذيب: ٧ / ٤٩٨)، و(البيان: ١٢ / ٢٧٤ ـ ٢٧٥)، و(فتح العزيز: ١١ / ٤٩٢)، و(النجم الوهّاج: ٩ / ٤٠٩).

(٤) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ١٧).

برفْقٍ، كأَخْذِ الديونِ، فالصوابُ الجَزْمُ بأَنَّ هـٰذه الهيئةَ باطلةٌ مردودةٌ علىٰ من اخترعها، ولم يُنْقَلْ أَنَّ النبيَّ ﷺ، ولا أحداً [1] من الخلفاء الراشدين فعلَ شيئاً منها، مع أخذِهم الجزية، وقد قال الرافعيُّ، رحمه الله في أول « كتاب الجزية »[2]: الأصحُّ عند الأصحاب: تفسيرُ الصَّغارِ بالتزامِ أحكامِ الإسلامِ، وجَرَيَانها عليهم، وقالوا: أشدُّ الصَّغارِ علىٰ المرء أَنْ يحكمَ عليه بما لا يعتقدُهُ، ويضطرّ إلىٰ احتمالِهِ. **وٱللهُ أعلمُ**.

فَصْلٌ: عن عُمرَ بن الخَطَّابِ رضيَ ٱللهُ عنهُ: أنه طلبَ الجزيةَ من نَصارىٰ العربِ وهم: تَـنُوخُ[3]، وبَهْراءُ[4]، وبنو تَغْلِبَ[5]، وهم قبائلُ من العرَبِ تنصَّروا، لا يُعلم متىٰ تنصَّروا، وهم مُقَرُّون بالجزية، فقالوا: نحن عَرَبٌ لا نؤدِّي ما يؤدِّي العَجَمُ، فخُذْ مِنَّا ما يأخذُ بعضُكم من بعض، يعنونَ: الزكاةَ، فقال عمرُ رضي ٱلله عنه: هـٰذا فرضُ المسلمينَ، فقالوا: زِدْ ما شئتَ بهـٰذا الاسمِ، لا باسمِ الجزية، فراضاهُمْ علىٰ أَنْ تُضَعَّفَ عليهم الزكاة[6]، قال الأصحاب: ولم يخالِفْ عمرَ أحدٌ من الصحابة رضي ٱلله عنهم، فصار كالإجماع.

---

(١) في (ظ)، والمطبوع: « أَحَدٌ ».

(٢) انظر: (فتح العزيز: ١١ / ٤٩٢).

(٣) **تَنُوخ**: جَدٌّ جاهلي. قال الزركلي في (الأعلام: ٢ / ٨٨): « تنوخ (فيما ينقله المسعودي، وعنه ابن خلدون) ابن مالك بن فهم بن تيم ٱلله، من قُضاعة. وعلماءُ اللغة والأنساب ينكرون وجود شخص اسمه « تنوخ »، ويعدُّون نسبه الآنف ذكره باطلاً، ويقولون: إن لفظ « تنوخ »، ومعناه: الإقامة (من أناخ في المكان) اسمٌ أطلق علىٰ عدة قبائل يمانية (أو أكثرها يمانية)، اجتمعت في البحرين، وتحالفت علىٰ التناصر فسميت تنوخاً، لتنوخها، أي: إقامتها، ولم تكشف لنا الآثارُ حتىٰ الآن ما يحقِّق أحد القولين. ولهشام الكلبيِّ النسَّابة كتاب: أخبار تنوخ وأنسابها، لم يصل إلينا ».

(٤) **بهراء**: بفتح الباء الموحَّدة، وإسكان الهاء، وبالمدِّ: هي قبيلة معروفة من قُضاعة، والنسبة إليها: بَهْرانيّ، كصنعانيٍّ، علىٰ غير قياس (تهذيب الأسماء واللغات: ٢ / ٦٤٧)، وانظر: (المصباح: ب هـ ر)، و(المعالم الأثيرة ص: ٥٤).

(٥) **بنو تغلب**: تغلبُ: قبيلة تنسبُ إلىٰ جدٍّ جاهلي اسمه: تغلب بن وائل بن قاسط، من بني ربيعة، من عدنان. النسبة إليه: تغلبي، بفتح التاء وكسرها، ولابن السائب الكلبي كتاب: أخبار بني تغلب وأيامهم وأنسابهم. انظر: (المصباح: غ ل ب)، و(الأعلام: ٢ / ٨٥).

(٦) حديث عمر مع نصارىٰ العرب، وقبولهم تضعيف الصدقة فراراً من اسم الجزية، رواه عبد الرزاق في (المصنف: ٩٩٧٤)، و(البيهقي في السنن الكبرىٰ: ٩ / ٢١٦)، وغيره. انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٦٩)، و(التلخيص الحبير: ٤ / ١٢٨).

وعقدَ الذمةَ لهم مؤبَّداً، فليس لأحدٍ نقضُ ما فعلَه، قالوا: وفيه إشكالٌ مِنْ وجهَين.

أحدهما: أنه ربَّما كان فيهم مَنْ يَقِلُّ مالُهُ الزكويُّ، فيكون المأخوذُ منه أقلّ من دينارٍ، وربَّما قَلَّتْ أموالُهم الزكوية، فينقص المأخوذُ عن دينارٍ لكل رأس.

الثاني: أنه وإنْ وَفَّىٰ المأخوذُ بدينار لكل رأس، فربَّما كان فيهم مَنْ لا يملكُ مالاً [١١٧٧ / ب] زكويّاً فيكون قد قُرِّرَ بلا جِزية، ولا يجوزُ ذٰلك، وإنْ بذلَ غيرُهُ أكثرَ من دينارٍ، كما لو قال واحِد: خُذوا مني عَشَرَةَ دنانير علىٰ أَنْ لا جزيةَ علىٰ تسعةٍ معي، ولم يُنْقَلْ أنه رضي ٱللهُ عنه سألَ عن هٰذه الأمور.

وأُجيبَ عن الأول: بأَنَّ فِعْلَهُ رضيَ ٱللهُ عنه محمولٌ علىٰ أَنَّ المأخوذ لا ينقصُ عن دينارٍ لكلِّ رأسٍ، أو أنه شرطَ عليهمُ الإتمامَ إِنْ نَقَصَ.

وقيل: احتملَ ذٰلك؛ لأنه إِنْ نقصَ في وقت فربَّما زاد في وقت فتجبرُ الزيادةُ النقصَ.

وعن الثاني: بأنَّ المأخوذَ من أصحابِ الأموالِ الزكويَّةِ مأخوذٌ عنهم وعن الآخرين، ولبعضِهم أَنْ يلتزمَ عن نفسِهِ وعن غيره، وغَرَضُنا تحصيلُ دينارٍ عن كلِّ رأسٍ، هٰذا ما ذكره ابْنُ أبي هُريرةَ، والأكثرونَ.

وقال أبو إسحاقَ: لا يجوزُ؛ لأن فيه تقريرَ بعضِهم بلا مال، وأُجري الوجهانِ فيما لو التزمَ واحدٌ عَشَرَةَ [١] دنانير عنه، وعن تسعةٍ.

إذا تقرّرَ هٰذا، فلو طلبَ قومٌ من أهلِ الكتابِ أَنْ يؤدُّوا الجزيةَ باسم الصدقةِ، ولا يؤدُّوها باسمِ الجزيةِ، فللإمامِ إجابَتُهم إذا رأىٰ ذلكَ، ويسقطُ عنهم الإِهانة واسم الجزية، ويأخذُ ضِعْفَ الصدَقةِ، وسواءٌ في هٰذا العربُ والعَجَمُ.

وقيل: يختصُّ الجوازُ بالعرب؛ لشَرَفهم، والصحيحُ: الأولُ، ويشترطُ عليهم بمالِ الزكاة وقَدْرِها، ويكفي أَنْ يقولَ الإمامُ: جعلْتُ عليكم ضِعْفَ الصدقَةِ، أو صالحْتُكم علىٰ ضِعْفِ الصدَقة.

---

(١) في المطبوع: «عشر»، خطأ.

والمأخوذُ جزيةٌ تُصرفُ مَصْرِفَ الفيء، ولا يؤخَذُ شيء من أموالِ الصبيانِ والمجانينِ والنسوةِ، وينظرُ في الحاصِلِ هل يفي بدينارٍ عن كلِّ رأسٍ ؟ فإنْ لم يَفِ، زادَ إلىٰ ثلاثةِ أضعافٍ، فأكثرَ، وهل يدخلُ الفقيرُ في التوزيع ؟ فيه الخلافُ السابق في أنه تؤخذُ منه جزيةٌ أم لا ؟

ولو كَثُروا، وعَسُرَ عَدَدُهُمْ؛ لمعرفةِ الوفاء بالدينار، فهل يجوزُ الأخذُ بغلبةِ الظنِّ ؟ وجهان.

أصحُّهما: لا ؛ بل يشترطُ تحقُّقُ أخْذِ دينارٍ عن كُلِّ رأسٍ، ويجوزُ الاقتصارُ علىٰ قَدْرِ الصدقةِ، وعلىٰ نصفِها إذا حصلَ الوفاءُ بالدينار، واستحبَّ جماعةٌ زيادةَ شيء علىٰ قَدْرِ الصدقة لإسقاطِ اسمِ الجزيةِ، ولم يستبعد الإمامُ[1] المنعَ لما فيه من تشبيههم بالمسلمين في المأخوذِ، وحَطِّ الصَّغارِ بلا غَرَض ماليٍّ، وإذا شرطَ ضعف الصدقة، وزاد علىٰ دينار، ثم سألوا إسقاطَ الزيادة، وإعادةَ اسمِ الجزية، أُجِيبوا علىٰ الصحيحِ.

فَرْعٌ: يأخذُ مِنْ خَمْسٍ من الإبلِ شاتَين، ومِنْ عَشْرٍ أربعاً، ومن خَمْسٍ وعشرينَ بنـتَي مَخَاضٍ، ومن أربعينَ شاةً شاتَين، ومن ثلاثينَ بقرةً تبيعَين[2]، ومن عشرينَ ديناراً ديناراً، ومِنْ مِئتَي درهم عَشَرَةَ دراهم، ومِمَّا سَقَتِ السماءُ الخُمُسَ، ومِمَّا سُقي بالنَّواضِح العُشْرَ، ومن الرِّكَاز خُمُسَيْنِ، وعلىٰ هـٰذا القياس، ومِنْ مِئتَي بعيرٍ ثماني حِقَاقٍ، أو عَشْرَ بناتِ لَبُونٍ، ولا يفرّق فيؤخذ أربع حِقَاقٍ وخمس بناتِ لبون، كما لا يفرّق في الصدقة، ومن ستينَ بقرةً أربعةَ أَتْبِعَةٍ لا ثلاث مُسِنَّاتٍ، ومِنْ سِتٍّ وأربعينَ بعيراً حِقَّتَين، فإن لم يجدْهُما فبنتَي لبونٍ مع الجُبران، ومِنْ سِتٍّ وثلاثينَ بنتَي لبون، فإن لم يجِدْ فبنتَي مَخَاضٍ مع الجُبران.

وفي تضعيفِ الجُبران وجهان.

أحدهما: تضعَّف، فَيُؤْخَذُ مع كل بنتِ مَخَاضٍ شاتانِ [١١٧٨ / أ]، أو عشرون درهماً، فإنْ لم نجدْ في مالِ صاحب الستِّ والثلاثين بنتَ لَبُونٍ وعنده حِقَاقٌ، أخَذنا حِقَّتَين ورَدَدْنا جُبْرانَين ولا يضعَّفُ الجبران هنا قطعاً، ويخرجُ الإمامُ الجبرانَ من

(١) انظر : (نهاية المطلب : ١٨ / ٦٩ ـ ٧٠).

(٢) في المطبوع : « تبيعتين ».

الفيء كما يصرِفُهُ إذا أخذه إلىٰ الفيء، وهل يؤخذُ مِنْ بعضِ النصابِ قِسْطه من واجب النصابِ، كشاةٍ من عشرينَ ونصفِ شاةٍ مِنْ عَشْرٍ ؟ فيه قولان.

أظهرُهما: لا.

والثاني: نَعَمْ، رواه البُوَيْطِيُّ، فعلىٰ هـٰذا: يؤخذ من مئة شاةٍ ونصفِ شاة ثلاثُ شياهٍ، ومن سبعةِ أبعرةٍ ونصفٍ ثلاثُ شِياه، ومن خمسٍ وثلاثينَ بقرةً تبيعٌ ومُسِنَّة، وأُجري الخلافُ في الأَوْقاصِ، هل يحطُّ عنهم، أم يجبُ قسطُ المأخوذ في حَقِّهم ؟ وقيل: إنْ أدّىٰ الأخذُ من الوَقْصِ إلىٰ التشقيصِ مع التضعيفِ لم يؤخَذْ، وإلَّا فيؤخذ.

فَرْعٌ: إذا ضربَ الجزية علىٰ ما يحصلُ من أرضهم من ثَمَرٍ، وزرع باسم الصدقة، فباع بعضهم أرضَهُ[1]، صحَّ بيعُهُ؛ فإنْ بقيَ مع البائع ما يفي[2] الحاصلُ منه بالمشروط عليه، فذاكَ، وإلَّا انقلبتِ الجزيةُ إلىٰ رقَبة البائِع.

وأَمَّا المشتري؛ فإنْ كان مُسلماً، فلا شيءَ عليه فيما اشتراهُ، وإنْ كان ذِميّاً، فإنْ كانت الجزيةُ علىٰ رقبتهِ، فكذلكَ، وإنْ كانت علىٰ حاصل أرضِهِ، زادَ الواجب بما اشتراهُ.

فَصْلٌ: إذا استأذنَ حربيّ في دُخول دارِ الإسلامِ، أذنَ له الإمامُ إنْ كان يدخُلُ لرسالةٍ، أو حَمْلِ مِيْرَةٍ[3]، أو متاعٍ تشتدُّ حاجةُ المسلمين إليه.

قال الإمامُ[4]: ولا يجوزُ توظيفُ مالٍ علىٰ رسولٍ، ولا علىٰ مستجيرٍ لسَمَاعِ كلام ٱللهِ تعالىٰ؛ لأنَّ لهما الدخولَ بلا إذن.

وإنْ كان يدخلُ لتجارة لا تشتدُّ الحاجة إليها، جازَ للإمام أَنْ يأذنَ له، ويشرطَ عليه عُشْرَ ما معه من مالِ التجارة. ولو دخلَ غيرَ تاجرٍ بأمانِ مسلمٍ، لم يطالَبْ بشيء.

وقيل: إنْ دخلَ الحجازَ، وجبَ دينارٌ؛ لعظم حُرمتِهِ.

---

(١) في المطبوع: « فباع أرضهم »، بدل: « فباع بعضهم أرضه »، خطأ.
(٢) في المطبوع: « بقي »، تصحيف.
(٣) ميرة: طعام.
(٤) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٦٥).

ولو رأىٰ الإمامُ أَنْ يزيدَ المشروطَ علىٰ العُشْرِ، جازَ علىٰ الأصحِّ، ويجتهد فيه كما في زيادة الجزيةِ علىٰ دينار. ولو رأىٰ أَنْ يَحُطَّ الضريبةَ عن العُشْرِ، ويردَّها إلىٰ نصفِ العُشْرِ فما دونه، فله ذلكَ، وله أَنْ يشرطَ في نوعٍ من تجارتهم نصفَ العُشْرِ، وفي غيرِهِ العُشْرَ.

ولو رأىٰ أَنْ يأذنَ لهم بغير شيء، جاز علىٰ الأصحِّ، وبه قطعَ الجمهورُ؛ لأنَّ الحاجةَ تدعو إليه؛ لاتساعِ المكاسِبِ وغيره.

ثم إنْ كان المشروطُ أَنْ يأخذَ من تجارةِ الكافِرِ، أخذَ، سواءٌ باعَ، أم لا، وإنْ كان المشروطُ أَنْ يأخذَ من ثَمَنِ تجارته، لم يأخُذْ حتَّىٰ يبيعَ.

وأمَّا الذميُّ، فله أَنْ يتَّجِرَ فيما سوىٰ الحجَاز من بلاد الإسلام، ولا يؤخَذ من تجارته شيء، قال في « البَيانِ »: إلاَّ أَنْ يُشترطَ عليه مع الجزية شيءٌ من تجارته[1]. فلو أرادَ أن يدخلَ الحجَازَ، ويَتَّجِرَ فيه، فقد ذكر الغزاليُّ في « الوجيز » خلافاً في أنه هل يؤخذُ منه شيءٌ؟ ولا وجودَ لهٰذا الخلاف في شيءٍ من كُتب الأصحاب، ولم يذكرْهُ الإمامُ، والغزاليُّ في « الوسيط »؛ بل الذي نقلَهُ الأصحابُ أَنَّ الذميَّ في الحِجازِ كالحربيِّ في سائِر بلادِ الإسلام.

وما يؤخَذُ من الذميِّ لا يؤخَذُ في كُلِّ سنةٍ إلاَّ مرَّةً، كالجزيةِ، وكذا الحربي إذا أُخذَتْ منه الضريبةُ مرَّةً لا تؤخَذُ ثانياً حتَّىٰ يمضيَ[2] إذا كان يطوف[3] [١١٧٨ / ب] في بلاد الإسلام تاجراً[4] ويكتب[5] له وللذميِّ براءة حتَّىٰ لا يطالَبَ في بلدٍ آخَرَ قبل الحَوْلِ، فإنْ رَجَعَ إلىٰ دارِ الحرب، ثم عادَ في الحول، فهل تؤخَذُ كُلَّ مرَّةٍ، أم لا تؤخَذُ إلاَّ مرةً؟ وجهانِ.

أصحُّهما: الثاني، وهو ظاهرُ نَصِّه.

والإمامُ بالخِيار فيما يَضْرِبُهُ بين استيفائه دفعةً، أو دفعاتٍ. ثم ما ذكرْنا مِنْ أخْذِ

---

(١) انظر: (البيان: ١٢ / ٢٩٨).
(٢) في (فتح العزيز: ١١ / ٥٣٣): زيادة: « حول ».
(٣) في (أ): « يطرق ».
(٤) في المطبوع: « بأجر »، خطأ.
(٥) في المطبوع: « أو يكتب » بدل: « ويكتب »، خطأ.

المالِ من تجارةِ الحربيِّ، أو الذميِّ هو فيما إذا شرطَ الإمامُ عليه، فأمَّا إذا أَذنَ لحربيٍّ في دخول[(١)] دارِ الإسلامِ، أو لذميٍّ في دخولِ الحِجاز بلا شرط، فوجهانِ.

أحدُهما: تؤخذُ؛ حَمْلاً للمُطْلَقِ علىٰ المعهود.

وأصحُّهما: المنعُ؛ لأنهم لم يلتزموا.

فَرْعٌ: المرأةُ التابعةُ للزَّوجِ، أو القريبِ في عَقْدِ الذمةِ إذا تردَّدَتْ مُتَّجِرَةً في الحِجاز، أو في غيرِ الحجازِ، حكمُها حكمُ الذميِّ.

فَصْلٌ: إذا صالَحْنا طائفةً من الكفَّار علىٰ أَنْ تكونَ أرضُهم لهم، ويؤدُّوا خَرَاجاً عن كُلِّ جَريبٍ[(٢)]: في كُلِّ سنةٍ كذا، جازَ، ويستمرُّ ملكُهُم ويكونُ المأخوذُ جِزْيَةً، تصرفُ مَصْرِفَ الفيءِ، والتوكيلُ بإعطائه، كالتوكيلِ بإعطاءِ الجزية، ويشترطُ أَنْ يبلغَ قَدْراً يخصُّ كُلّ واحدٍ مِنْ أهلِ الجزية منه ديناراً[(٣)] إذا وُزِّع علىٰ رُؤُوسِهم، ويلزمُهُمْ ذٰلك زَرَعوا، أم لا، ولا يؤخَذُ من أرضِ صبيٍّ، ولا مجنونٍ، ولا امرأةٍ. ولهم بيعُ تلكَ الأرض، وهبتُها، وإجارتُها. وإذا أَجَّرَ بعضُهم بعضَها لمسلم بقيَ الخراجُ علىٰ المُكْرِي، ويلزمُ المستأجِرَ الأجرةُ، وإِنْ باع لمسلم، انتقلَ الواجبُ إلىٰ رقبةِ البائعِ، ولا خَرَاجَ علىٰ المشتري.

ولو أسلموا بعد الصُّلح، سقطَ الخراجُ، ويلزمُهم أَنْ يؤدُّوا عن المواتِ الذي يمنعونَنا منه، دون ما لا يمنعونَ منه.

ولو أَحْيَوا منه شيئاً بعد الصُّلح، لم يلزمْهُم شيءٌ لما أَحْيَوا إلَّا إذا شرطَ عليهم أَنْ يؤدُّوا عما يُحْيُون.

ولو صالَحْنَاهم علىٰ أَنَّ الأرضَ لنا، ويسكنونها، ويؤدُّون عن كُلِّ جَرِيْبٍ، فهو عقدُ إجارةٍ، والمأخوذُ أُجرةٌ، فتجبُ معها الجزيةُ ولا يشترطُ أَنْ تبلغَ ديناراً عن كُلِّ رأس، وتؤخَذُ من أرضِ النساءِ، والصبيانِ، والمجانينِ، ويجوزُ توكيلُ المسلم في

---

(١) كلمة: « دخول »، ساقطة من المطبوع.

(٢) جَرِيب: بفتح الجيم وكسر الراء: قطعة من الأرض معلومة المساحة. قيل: إنها قطعة مربَّعة، وكُلُّ جانب منها ستونَ ذراعاً. انظر: (تهذيب الأسماء واللغات: ٣ / ٨٤)، و(النظم المستعذب: ٢ / ٢٦٤)، و(المصباح: ج ر ب)، و(النجم الوهّاج: ٩ / ٣٦٣).

(٣) في (س، أ): « دينار ».

أدائها، وليس لهم بيعُ تلك الأرض، ولا هِبتُها، ولهم إجارَتُها.

الطَّرَفُ الثاني: في أَحْكامِ عَقْدِ الذِّمَّةِ

فإذا صحَّ عقدُها، لَزِمَنَا شيءٌ، ولَزِمَهُم شيءٌ؛ أَمَّا ما يلزَمُنا فأمرانِ.

أحدهما: الكفُّ عنهم؛ بأَنْ لا يتعرَّضَ لهم؛ نفساً ومالاً، ويضمنُهما المتلِفُ، ولا يتعرّض لكنائِسهم علىٰ تفصيل، سنذكره إنْ شاءَ ٱلله تعالىٰ، ولا تُتْلَفُ خُمورهم، وخنازيرهم إلَّا إذا أظهروها، فمن أراقَ، أو قتلَ من غير إظهارٍ، عصىٰ، ولٰكن لا ضمانَ.

ولو باع ذميٌّ لمسلم خمراً، أُريقَتْ علىٰ المسلمِ، ولا ثمنَ للذميِّ، وإِنْ غَصَبها مِنْ ذمي، وجبَ رَدُّها علىٰ الصحيح، وعليه مُؤنة الردِّ.

قال البَغَويُّ: ولو كان لمسلمٍ علىٰ ذميٍّ دَيْنٌ، فقضَاهُ، وجبَ القَبولُ إذا لم يعلمْ أَنَّ المؤدَّىٰ ثمنٌ محرَّمٌ، فإِنْ عَلِمَ؛ بأن باعَ الخمرَ بين يدَيه، وأخذَ ثمنها، فهل يُجْبَرُ علىٰ قَبُوله ؟ وجهانِ.

أصحُّهما: لا يُجبر، وهو المنصوصُ؛ بل لا يجوزُ القَبُول.

ولو كان لذميٍّ علىٰ ذميٍّ دَيْن، ورهنَ به خمراً، لم يتعرَّض لهما، كما لو باعه الخمرَ، فإِنْ وضعاها [١١٧٩ / أ] عند مسلمٍ، لم يكن له إمساكُها.

ولو كان لمسلم علىٰ ذميٍّ دَين، فَرَهَنَ به خمراً، لم يَجُزْ.

الأَمْرُ الثَّاني: يلزمُ الإمامَ دفعُ مَنْ قَصَدَهُمْ من أهلِ الحرب، إنْ كانوا في دارِ الإسلام، فإِنْ كانوا مستوطنينَ دارَ الحرب وبَذَلوا الجزيةَ، لم يجبِ الذَّبُّ عنهم.

وإنْ كانوا منفردينَ ببلدةٍ في جِوار الدارِ، وجبَ الذَّبُّ علىٰ الأصح، هٰذا إذا جرىٰ العقدُ مُطلقاً، فإنْ جرىٰ بشرطِ أَنْ يذبَّ أهل الحرب، وجبَ الوفاءُ بالملتزَم، وفيه احتمالٌ للإمام(١). وإنْ جرىٰ بشرط أن لا يَذُبَّ عنهم؛ فإنْ كانوا مع المسلمين، أو في موضِعٍ إذا قَصَدَهم أهلُ الحرب كان مرورُهم علىٰ المسلمين، فَسَدَ الشرطُ، وكذا العقدُ علىٰ الصحيح.

---

(١) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٣٦).

وإنْ كانوا منفردين، ولا يمرُّ أهلُ الحرب بهم، صَحَّ الشرطُ، وحكىٰ الإمامُ[١] وجهاً: أَنَّ شرطَ تركِ الذبِّ فاسِدٌ مطلقاً، والصحيحُ: الأول، وهل يُكْرَهُ؟ فيه نَصّانِ حملوهما علىٰ حالين؛ فإِنْ طلبَ الإمامُ الشرطَ، كُرِهَ؛ لأن فيه إظهارَ ضعفِ المسلمين، وإِنْ طلبَ أهلُ الذمة، فلا، ويجبُ دفعُ المسلمينَ وأهلُ الذمةِ عنهم، كما يجبُ دفعُ أهلِ الحربِ؛ فإِنْ لم يدفعْ عنهم حتّىٰ مضَىٰ حولٌ، لم تجِبْ جزيتُهُ؛ كما لا تجبُ الأجرةُ إذا لم يوجدِ التمكّن من الانتفاع.

ولو أغارَ أهلُ الحربِ علىٰ أهل الذمةِ، وأخذوا أموالَهم، ثم ظَفِرَ الإمامُ بهم، فاسترجَعها، لزِمَهُ ردُّها علىٰ أهل الذمة؛ فإن أتلفوا، فلا ضمانَ عليهم، كما لو أتلفوا مالَ المسلمين.

وإِنْ أغارَ مَنْ بيننا وبينَه هُدْنة، وأتلفَ أموالَ أهل الذمةِ، ضمنَ، فإن نقضوا العهدَ وامتنعوا، ثم أغاروا وأتلفوا لهم مالاً، أو نَفْساً، ففي الضمان قولانِ، كأهلِ البغيِ.

فَصْلٌ: وأَمَّا ما يلزَمُهُمْ، فخمسَةُ أُمور.

الأولُ: في الكنائِسِ[٢]، والبِيَعِ[٣]، فالبلادُ التي في حُكْمِ المسلمينَ قسمانِ.

أحدهما: ما أحدَثهُ المسلمونَ؛ كبغدادَ[٤]، والكوفةِ[٥]، والبُصرةِ[٦]، فلا يمكَّنُ

---

(١) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٣٧).

(٢) **الكنائس**: الكنيسة: مُتَعَبَّدُ اليهود، وتطلق أيضاً علىٰ مُتَعَبَّدِ النصارىٰ (المصباح: ك ن س).

(٣) **البيع**: جمع بِيْعةٍ: مَعْبَدُ النصارىٰ (المعجم الوسيط: ١ / ٨٢).

(٤) **بغداد**: هي مدينة السلام عاصمة العراق، غنية عن التعريف، ترزح الآن (١٤٣١ هـ ـ ٢٠١٠ م) تحت نير الاحتلال الصليبي بتواطؤ وتآمر من أحفاد « أبي رغال ». كان أول من مَصَّرها وجعلها مدينة أبو جعفر المنصور. انظر: (معجم البلدان: ١ / ٤٥٦ ـ ٤٦٧)، و(تهذيب الأسماء واللغات: ٣ / ٦٥ ـ ٦٦).

(٥) **الكوفة**: مدينة في العراق، تتبع الآن محافظة النجف، مَصَّرها سيدنا عمر بن الخطاب. انظر: (معجم البلدان: ٤ / ٤٩٠ ـ ٤٩٤)، و(تهذيب الأسماء واللغات: ٣ / ٥٦٣ ـ ٥٦٤).

(٦) **البَصْرة**: مدينة مشهورة، تقع في جنوب العراق، تبعد عن بغداد حوالي (٦٥٠) كيلاً، وفيها يتحد نهرا دجلة والفرات، ويشكلان شطَّ العرب، مَصَّرها الفاروق عمر بن الخطاب، وفيها ثلاث لغاتٍ، فتح الباء، وضمها وكسرها. انظر: (معجم البلدان: ١ / ٤٣٠ ـ ٤٤٢)، و(تهذيب الأسماء واللغات: ٣ / ٦٤).

أهلُ الذمة من إحداثِ بِيْعَةٍ، وكنيسةٍ، وصَوْمَعَةِ[١] راهبٍ فيها. ولو صالَحَهم علىٰ التمكُّن من إحداثها، فالعقدُ باطِل، والذي يوجَدُ في هٰذه البلادِ من البِيَعِ، والكنائِسِ، وبيوت النَّارِ لا ينقضُ؛ لاحتمالِ أنها كانت في قريةٍ، أو بَرِّيَةٍ، فاتصلَ بها عِمارة المسلمين، فإنْ عرفَ إحداث شيء بعد بناء المسلمين، نُقِضَ.

الثاني: بلادٌ لَمْ يُحْدِثُوها ودخلَتْ تحتَ أيديهم؛ فإنْ أسلمَ أَهلُها، كالمدينةِ[٢]، واليَمَنِ[٣]، فحكمُها، كالقسم الأولِ.

وإلَّا فإمَّا أَنْ تُفْتَحَ عَنْوةً، أو صُلحاً.

الضربُ الأولُ: ما فُتِحَ عَنْوَةً، فإنْ لم يكن فيها كنيسةٌ، أو كانت، وانهدَمت، أو هدَمها المسلمونَ وقتَ الفتح، أو بعدَه، فلا يجوزُ لهم بناؤُها، وهل يجوزُ تقريرُهم علىٰ الكنيسةِ القائمةِ؟ وجهان.

أصحُّهما: لا، وبه قطعَ جماعة.

الثاني: ما فُتِحَ صُلحاً، وهو نوعان:

أحدهما: فُتِحَ علىٰ أَنَّ رقبةَ الأرضِ للمسلمينَ، وهم يسكنونها بِخَرَاجٍ، فإنْ شرطوا إبقاءَ البِيَعِ والكنائسِ، جازَ، وكأنَّهم صالحوا علىٰ أن الكنائِسَ لهم، وما سِواها لنا، وإنْ صالحوا علىٰ إحداثِها أيضاً، جازَ، ذكره الرُّوْيَانِيُّ، وغيرُهُ، وإنْ أطلقوا، لم تبْقَ الكنائِسُ علىٰ الأصحِّ.

الثاني: ما فُتِحَ علىٰ أَنَّ البلدَ لهم يؤدُّون خراجَه، فيُقَرُّون علىٰ الكنائِس [١١٧٩ / ب] ولا يمنعون من إحداثِها فيه علىٰ الأصحِّ؛ لأنَّ المِلْكَ، والدار لهم، ويمكَّنون فيها من إظهارِ الخمرِ، والخِنزير، والصَّليب، وإظهارِ ما لهم من

---

(١) **الصَّومعة**: بيتُ العبادة عند النصارىٰ (المعجم الوسيط: ١ / ٥٤٣).

(٢) هي المدينة النبويّة علىٰ ساكنها أفضل الصلاة والتحية. انظر: (تهذيب الأسماء واللغات: ٣ / ٦٠٨ ـ ٦٠٩).

(٣) **اليمن**: هو الزاوية الجنوبية الغربية لجزيرة العرب، ولم يكن محدوداً في القديم بما هو معروفٌ اليوم بالجمهوريَّة اليمنية، فقد يدخل جنوب المملكة العربية السعودية فيما يسمَّىٰ اليمنَ؛ فالعربُ كانت تطلق علىٰ ما كان من جهة الجنوب « اليمن »، وعلىٰ ما هو من الشمال « الشام »، وأهل الحجاز خاصَّةً يعدُون كل ما هو جنوب مكة يمناً (المعالم الأثيرة ص: ٣٠١) لأستاذنا العلاَّمة محمد شُرَّاب، وانظر: (تهذيب الأسماء واللغات: ٣ / ٧٠٢ ـ ٧٠٣).

الأعيادِ، وضَرْبِ الناقوسِ، والجَهْرِ بالتوراةِ، والإنجيلِ، ولا شَكَّ في أنهم يمنعونَ[١] مِنْ إيواء الجاسوسِ، وتبليغِ الأخبارِ، وما يتضرَّرُ به المسلمونَ في ديارهم.

وحيثُ قلنا: لا يجوزُ الإحداثُ، وجوَّزنا إبقاءَ الكنيسةِ، فلا مَنْعَ مِنْ عِمَارتها إذا اسْتَرَمَّتْ[٢]، وهل يجبُ إخفاءُ العِمَارة؟ وجهانِ.

أحدهما: نَعَمْ؛ لأنَّ إظهارَها زينةٌ تشبهُ الاستحداثَ.

وأصحُّهما: لا، فيجوزُ تَطيينها من داخلٍ وخارجٍ، ويجوزُ إعادةُ الجدارِ الساقِطِ. وعلىٰ الأول: يُمنعون من تطيين خارجِها، وإذا أشرفَ الجدارُ علىٰ الخرابِ، فلا وجْهَ إلَّا أَنْ يبْنُوا جِداراً داخلَ الكنيسةِ، وقد تَمَسُّ الحاجَةُ إلىٰ جدارٍ ثالثٍ، ورابعٍ، فينتهي الأمرُ إلىٰ أنه لا يبقىٰ من الكنيسةِ شيءٌ.

ويمكنُ أَنْ يكتفيَ مَنْ يوجِبُ الإخفاءَ بإسبالِ سِتْرٍ تَقَعُ العِمارة وراءَهُ، أو بإيقاعِها في الليل.

وإذا انهدمَتِ الكنيسةُ المُبْقاةُ، فلهم إعادتُها علىٰ الأصحِّ، ومنعَها الإصْطَخْرِيُّ، وابْنُ أبي هُريرةَ، فإِنْ جَوَّزْنا، فليس لهم توسيعُ خِطَّتها[٣] علىٰ الصحيح. ويمنعونَ من ضَرْبِ الناقوسِ في الكنيسةِ، كما يمنعونَ مِنْ إظهارِ الخمرِ، وقيل: لا يُمنعون تبعاً للكنيسةِ، وهٰذا الخلافُ في كنيسةِ بلدٍ صالَحْناهم علىٰ أَنَّ أرضَه لنا، فإِنْ صالَحْناهم علىٰ أَنَّ الأرضَ لهم، فلا منعَ قطعاً كما سبق.

قال الإمامُ[٤]: وأَمَّا ناووسُ[٥] المجوسِ، فلستُ أرىٰ فيه ما يوجِبُ المَنْعَ،

---

(١) في المطبوع: « لا يمنعون » بدل: « يمنعون »، خطأ. وانظر: (فتح العزيز: ١١ / ٥٣٩).
(٢) **اسْتَرَمَّتْ**: اسْتَرمَّ الشيءُ: حان له أن يُرمَّ، ودعا إلىٰ إصلاحه. يقال: اسْتَرمَّ الجدارُ (المعجم الوسيط: ١ / ٣٨٧).
(٣) **خِطَّتها**: الخِطَّةُ: المكانُ المختطُّ لعمارةٍ (المصباح: خ ط ط).
(٤) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٥٢).
(٥) في (ظ)، والمطبوع، و(فتح العزيز: ١١ / ٥٤٠): « ناقوس »، تحريف. المثبت من (أ، س)، موافقٌ لما في (نهاية المطلب: ١٨ / ٥٢)، قال محقِّقُهُ الدكتور عبد العظيم الديب: « وهو ـ أي النَّاووس ـ عند الإمام: مقبرة المجوسِ ».

وإنما هو حُوَطٌ[١]، وبيوتٌ يجمعُ فيها المجوسُ جِيَفهم، وليس كالِبيَعِ والكنائِسِ؛ فإنها تتعلَّق بالشِّعار.

الأَمْرُ الثَّاني: في البناءِ، فيمنعونَ من إطالتهِ ورَفْعه على بناء جيرانهم من المسلمين؛ فإن فعلوا، هُدِمَ، هٰذا هو المذهب، وحكى ابْنُ كَجٍّ قولاً آخَرَ: أَنَّ لهم الرفْعَ، فعلى المذهب: الاعتبارُ ببناء جارِه على الصحيح، وفي وجه: لا يطيلُ على بناء أحدٍ من المسلمين في ذٰلك المِصْر، وسواءٌ كان بناءُ الجار معتدلاً، أو في غاية القِصَرِ، وللإمام[٢] احتمالٌ فيما هو في غايَة القِصَرِ.

ثم المنعُ لِحَقِّ الدِّيْنِ، لا لمحضِ حَقِّ الجارِ، فيمنع وإن[٣] رضيَ الجارُ، وهٰذا المنعُ واجب، وقيل: مستحبٌّ، ويمنعون من المساواةِ على الأصحِّ.

ولو كان أهل الذمة في موضِعٍ منفردٍ؛ كطرفٍ من البلد منقطعٍ عن العِمارة، فلا مَنْعَ مِنْ رفع البناءِ على الصحيح.

ولو ملك ذميٌّ داراً رفيعةَ البناءِ، لم يكلَّفْ هَدْمَها، فإنِ انهدَمَتْ، فأعادَها، مُنِعَ من الرفعِ، وفي المساواةِ الوجهانِ.

ولو فُتحت بلدةٌ صُلحاً على أنها للمسلمين، لم تهدَمْ أبنيتُهم الرفيعةُ فيها، ويمنعون من الإحداثِ، ذكره البغويُّ[٤].

الثَّالثُ: يُمنعونَ من رُكوب الخيلِ على الصحيح؛ لأنَّ فيه عِزّاً، وحكى ابْنُ كَجٍّ أَنْ لا مَنْعَ، كما لا مَنْعَ من ثيابٍ نفيسةٍ، واستثنى الشيخُ أبو محمد البراذيْنَ[٥]

---

(١) في (ظ)، والمطبوع، و(فتح العزيز: ١١ / ٥٤٠): « محوط »، المثبت من (أ)، موافق لما أثبته الدكتور عبد العظيم الديب في (نهاية المطلب: ١٨ / ٥٢)، حيث قال: « حُوَطٌ: جمع حُواطة: كُلُّ ما تحوطُهُ بجدارٍ ونحوه ».

(٢) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٥٤).

(٣) في المطبوع: « ولو ».

(٤) انظر: (التهذيب: ٧ / ٥١٠).

(٥) **البراذين:** البرذونُ من الخيل: هو الذي أبواه أعجميَّان (قاله المصنف في آخر كتاب قسم الفيء والغنيمة)، وقال الركبي في (النظم المستعذب: ١ / ٤١٥): « هو القصير العنق، الثقيل في جسمه، البطيء في جريه ». وقال الدَّميري في (النجم الوهّاج: ٩ / ٤٢٣): « هٰذه اللفظة يستعملها العجم، يعنون بها الخيل التي يُحملُ عليها بالأُكُفِ ».

الخسيسةَ[(١)]، وفي البغالِ النفيسة[(٢)] وجهانِ.

أحدهما: المنعُ، وبه قال الفُوْرَانِيُّ، والإمامُ[(٣)]، والغزاليُّ.

وأصحُّهما: لا مَنْعَ، وبه قطع كثيرونَ، ولا مَنْعَ من الحُمُرِ، وإنْ كانت رفيعةَ القيمةِ.

وإذا ركبوا، لم يَرْكبوا السروجَ؛ بلِ الأُكُفَ[(٤)]، ويركبونَ عَرْضاً، وهو أَنْ يجعلَ الراكبُ رجلَيه [١١٨٠ / أ] من جانبٍ واحدٍ.

وعن الشيخ أبي حامدٍ: أن لهم الركوبَ علىٰ استواءٍ، ويَحْسُنُ أن يتوسَّطَ، فيفرِّق بين أَنْ يركبَ إلىٰ مسافةٍ قريبةٍ في البلد، أو إلىٰ مسافةٍ بعيدةٍ، فيمنع في الحَضَرِ.

ويكون رِكَابُهم[(٥)] من خشَبٍ لا حديد، وجوَّز ابْنُ أبي هُريرةَ الحديدَ.

ويمنعونَ من تقلُّدِ السيوفِ، وحملِ السلاحِ، ومِنْ لُجُمِ[(٦)] الذهبِ والفضَّة، وذكرَ ابْنُ كَجٍّ أَنَّ هـٰذا كلَّه في الذكور البالغينَ، فأمَّا النساءُ والصِّغَارُ، فلا يُلزمونَ الصَّغارَ، كما لا جزيةَ عليهم.

فَرْعٌ: لا يتركُ لذميٍّ صَدْرُ الطريقِ؛ بل يلجأُ إلىٰ أضيقه إذا كان المسلمون يطرقون؛ فإنْ خلتِ الطرقُ عن الزَّحْمة، فلا حَرَجَ، وليكن التَّضْييقُ[(٧)] بحيثُ لا يقعُ في وَهْدة، ولا يَصْدِمُهُ جدارٌ. ولا يُوَقَّرُ، ولا يُصَدرُ في مجلسٍ[(٨)] إذا كان فيه

---

(١) كلمة: « الخسيسة »، ساقطة من المطبوع.

(٢) كلمة: « النفيسة »، ساقطة من المطبوع.

(٣) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٥٥).

(٤) **الأُكُف**: جمع إكاف، بكسر الهمزة: وهو ما يجعل علىٰ الحمار ليركب عليه بمنزلة السَّرج (النظم المستعذب: ٢ / ٢٥٤)، وانظر: (النجم الوهّاج: ٩ / ٤٢٤).

(٥) **ركابُهم**: الرِّكابُ للسَّرْج: ما توضع فيه الرجْلُ (المعجم الوسيط: ١ / ٣٨١).

(٦) **لُجُم**: جمعُ لجام: الحديدة في فم الفَرَسِ، ثم سمَّوها مع ما يتصل بها من سُيُور وآلة لجاماً (المعجم الوسيط: ٢ / ٨٤٩).

(٧) في المطبوع: « الضيق »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١١ / ٥٤٢).

(٨) **ولا يُصدر في مجلس**: أي: لا يجعل صَدراً، وهو السيدُ الذي يُصدر عن أمره ونهيه. انظر: (النظم المستعذب: ٢ / ٢٥٤).

مسلمون، ولا يجوزُ لمسلم أَنْ يُوادَّهم، ولا أَنْ يبدأَ مَنْ لقيَهُ منهم بسلام، وإِنْ بدأ الذميُّ به، فلا يجيبهُ، ذكره البغويُّ[1].

قلتُ: هٰذا الذي ذكرَهُ البغويُّ، هو وجْهٌ حكاه الماوَرْدِيُّ، والصحيحُ بل الصواب: أَنْ يجابَ بما ثبتَ في الأحاديث الصحيحة: « **وعليكم** »[2]، وفي هٰذه المسألةِ كلام كثيرٌ، وتفصيلٌ أوضحْتُه في « كتاب السَّلامِ » من كتاب « الأذكارِ »[3].

وٱللهُ أعلمُ.

الرابعُ: يُؤخَذُ[4] أهلُ الذمة في دار الإسلامِ بالتميُّز في اللِّباس؛ بأَنْ يَلْبَسوا الغِيَار[5]، وهو أَنْ يَخِيطُوا علىٰ ثيابِهمُ الظاهرةِ ما يخالفُ لونُهُ لونَها، وتكونُ الخياطةُ علىٰ الكتِفِ دونَ الذيلِ، هٰكذا أطلقَ، ويشبهُ أَنْ يقالَ: لا يختصُّ بالكتِفِ، والشرطُ الخياطةُ في موضعٍ لا يعتادُ، وإلقاءُ مِنْديلٍ، ونحوِهِ، كالخياطةِ.

ثُمَّ الأَوْلىٰ باليهودِ: العَسَلِيُّ، وهو الأصفرُ، وبالنصارىٰ: الأزرقُ، أو الأَكْهَبُ، ويقال له: الرَّماديُّ، وبالمجوس الأسودُ أو الأحمرُ، ويؤخذون أيضاً بشَدِّ الزُّنَّارِ، وهو خَيطٌ غليظٌ علىٰ أوساطهم، خارجَ الثياب، وليس لهم إبدالُهُ بِمِنْطَقةٍ، ومِنْديلٍ، ونحوِهما.

وإِنْ لبسوا قلانِسَ، ميّزَتْ عن قلانسِ المسلمين بذُؤابة، أو عَلَمٍ في رأسها.

وإذا دخلوا حَمَّاماً فيه مسلمون، أو تجرَّدوا عن الثياب، فليكُنْ عليهم جَلاجِل، أو في أعناقهم خواتيمُ[6] حديدٍ، أو رَصاصٍ، لا ذَهَبٍ وفِضَّة، هٰكذا ذكره الجمهورُ. وقال في « المهذب »: يجعلُ في عُنقه خاتم ليتميَّزَ في الحَمَّامِ، وفي

---

(١) انظر: (التهذيب: ٧ / ٥٠٩).

(٢) أخرج (البخاري: ٦٢٥٨)، و(مسلم: ٢١٦٣) عن أنسٍ رضي ٱلله عنه، قال: قال رسول ٱلله ﷺ: « إذا سَلَّمَ عليكم أهلُ الكتابِ، فقولوا: وعليكم ».

(٣) (ص: ٣٣٠) بتحقيقي.

(٤) **يُؤخذ**: أي: يُلزم.

(٥) **الغيار**: بكسر الغين: الشيءِ الذي يمتاز به (النجم الوهّاج: ٩ / ٤٢٦)، وانظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٤٢)، و(النظم المستعذب: ٢ / ٢٥٤)، و(المصباح: غ ي ر).

(٦) المرادُ بـ: (الخواتيم) هنا: الأطواق. انظر: (النجم الوهَّاج: ٩ / ٤٢٨).

الأحوال التي يتجرَّد فيها[(١)]، وبين العبارتَين تفاوتٌ ظاهر.

وإذا كان لهم شَعَرٌ، أُمِروا بجَزِّ النَّواصي، ومُنعوا من إرسالِ الضفائِرِ.

والجمعُ بين الغِيارِ، والزُّنَّارِ تأكيدٌ ومبالغة في شَهْرِهِم، ويجوزُ أَنْ يقتصرَ الإمامُ علىٰ اشتراطِ أحدِهما، وهل تؤخَذُ النساءُ بالغِيَارِ، وشَدِّ الزُّنَّارِ، والتميُّزِ في الحمَّام؟ وجهان.

أصحُّهما: نَعَمْ.

والثاني: لا؛ لِنُدُورِ خُروجِهِنَّ، فلا حاجةَ إلىٰ التميُّـز، فعلىٰ الأصحِّ: قال الشيخ أبو حامِدٍ: يجعلُ الزُّنَّارُ فوقَ الإزارِ.

وفي « التهذيب »، وغيرِهِ: تحتَه؛ لئَلَّا يصفَ بدنَها[(٢)]، وأشار بعضُهم إلىٰ اشتراطِ ظُهور شيءٍ منه.

قلتُ: هـٰذا لا بُدَّ منه، وإلَّا فلا يحصلُ كبيرُ فائدةٍ. **وٱللهُ أعلمُ.**

والتميُّز في الحَمَّام يُبْنىٰ علىٰ أنه هل يجوزُ لهنَّ دخولُهُ مع المسلماتِ؟ قال البَغَويُّ[(٣)]: والأصحُّ: منعُهُ، وقد يفهمُ مِنْ هـٰذا السياقِ أَنَّ للمسلماتِ دخولَهُ بلا حَجْرٍ [١١٨٠ / ب] لـٰكن نقلَ الرُّوْيَانِيُّ وغيرُهُ عن ابن أبي هُريرَةَ أنه قال: لا يجوزُ لهنَّ دخولُهُ إلَّا لضرورة.

قلتُ: الأصحُّ الأشهرُ أنه لا يحرُمُ عليهنَّ، لـٰكن يُكرَهُ إنْ لم يكُنْ عُذر، وبهـٰذا قطع الإمام أبو بكرٍ السَّمْعَانِيُّ المرْوَزِي[(٤)] من أصحابنا، وقد أوضحتُ مسائِلَ الحَمَّام، وما يتعلَّق به في آخِرِ صفة الغُسْلِ من « شَرْحِ المُهَذَّبِ ». **وٱللهُ أعلمُ.**

---

(١) انظر: (المهذب: ٥ / ٣٢٧).

(٢) انظر: (التهذيب: ٧ / ٥٠٨).

(٣) انظر: (التهذيب: ٧ / ٥٠٨).

(٤) هو أبو بكر، محمد بن منصور التميمي السَّمْعاني، فقيه شافعي، محدّث، من الوعّاظ المبرِّزين، له علم بالتاريخ والأنساب. ولد بمرو سنة (٤٦٦ هـ). كان فاضلاً، حسن السيرة، بعيداً من التكلُّف صدوقاً، مات بمرو سنة (٥١٠ هـ). وهو والد « عبد الكريم السمعاني » صاحب كتاب « الأنساب ». من كتبه: « الأمالي » مئة وأربعون مجلساً. قال السُّبكي: في غاية الحسن والفوائد. له ترجمة في (طبقات الفقهاء الشافعية لابن الصلاح: ١ / ٢٧٢ ـ ٢٧٥). وفي حاشيته مصادرها. وهـٰذا العلم لم يترجمه المصنف في تهذيب الأسماء واللغات وهو من شرطه.

وإذا خرجَتْ ذميةٌ بخُفٍّ، فليكُنْ أحَدُ خُفَّيها أسودَ، والآخَرُ أبيضَ، أو أحمرَ، ولا يشترطُ التَميُّزُ بكلِّ هٰذه الوجوه؛ بل يكفي بعضُها.

فَرْعٌ: للذميِّ أَنْ يَتَعَمَّمَ، ويَتَطَلَّسَ[١] علىٰ الصحيح، ويلبسَ الدِّيباجَ[٢] علىٰ الأصحِّ، كرفيعِ القُطن، والكَتَّان، وذكر الغزاليُّ وجهَين في أَنَّ أَصْلَ الغِيَارِ واجبٌ أم مستحبٌّ ؟ والذي يوافقُ كلام الجمهورِ وإطلاقَهم : الوجوبُ.

الخامسُ: الانقيادُ للحكم، فيلزَمُ أهلَ الذمةِ الانقيادُ لحُكْمنا، هٰكذا أطلقَهُ الأصحابُ، وحكىٰ الإمامُ[٣]، عن العراقيين : أَنَّ المرادَ: أنهم إذا فعلوا ما يعتقدون تحريمَه، يجري عليهم حكمُ ٱللهِ تعالىٰ فيه، ولا يعتبرُ رِضاهم، وذٰلك كالزِّنَىٰ، والسَّرقة؛ فإنهما مُحَرَّمان عندهم، كشرعِنا، وقد بيَّنَّا حكمَهما في البابَين، وذكرنا الفرقَ بين أَنْ يزنيَ بمُسلمة، ويسرقَ مالَ مسلم، أو يزنيَ بذميَّة، ويسرقَ مالَ ذميٍّ.

وأَمَّا ما يعتقدونَ حِلَّهُ، فقد سبقَ أَن حَدَّ الشربِ، لا يقامُ علىٰ ذميٍّ علىٰ الأصحِّ، وإِنْ رضيَ بحُكْمنا.

ولو نكحَ مجوسيٌّ مَحْرَماً له، لم يتعرَّضْ له؛ فإنْ رَفعوا إلينا، ورَضُوا بحُكمنا، حَكَمنا، وهل يجبُ الحكمُ ؟ فيه القولانِ المعروفانِ.

ويلزمُهُمْ كَفُّ اللسانِ، والامتناعُ من إظهارِ المنكرات؛ كإسماعِ المسلمين شِرْكَهُمْ، وقولِهم : ﴿ثَالِثُ ثَلَٰثَةٍ﴾ [المائدة: ٧٣] واعتقادهم في المسيح، وعُزَيْرٍ[٤] صلَّىٰ الله عليهما وسلَّم، وإظهار الخمرِ، والخنزيرِ، والناقوسِ، وأعيادهم، وقراءتهم التوراة والإنجيل، وإحداثهم الكنائس في بلادنا، وإطالتهم البناء، وتركهم [الغِيارَ][٥] مخالفةً لما شرط، فإنْ أظهروا شيئاً مِنْ هٰذه، مُنعوا، وعُزِّروا، ولٰكن لا ينتقضُ به عهدهم، سواء شرطَ الامتناع منها في العقد أم لا؛ فإنْ

---

(١) يتطلَّس: أي يلبس الطَّيلسان، وهو ثوب يلبس علىٰ الكتف، يحيط بالبدن، ينسج للبس، خالٍ من التفصيل والخياطة.

(٢) الديباج: نوعٌ من الحرير (فتح الباري: ٦ / ٥٧٦).

(٣) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٣٤).

(٤) عُزَير: له ذكر في الآية (رقم: ٣٠) من سورة التوبة. ولم يترجمه النووي في تهذيب الأسماء واللغات، وهو من شرطه.

(٥) ما بين حاصرتين ساقط من (ظ)، والمطبوع، المثبت من (أ).

شرطَ عليهم الانتقاض بهـٰذه الأسباب، فقال الإمامُ: يُبنىٰ ذٰلك علىٰ الخلافِ في صحَّة عقدِ الذمة مؤقَّتاً؛ إنْ صحَّحناه، صحَّ العقدُ، فينتقِضُ إذ أظهروا، وإنْ لم نصحِّحْه، فسدَ العقدُ من أصله، والحكاية عن الأصحاب: أنه لا ينتقض؛ بل يفسدُ الشرطُ، ويتأبَّدُ العقدُ، ويحملُ ما جرىٰ علىٰ تخويفهم.

وينتقضُ عهدُهم بقتالِهمُ المسلمينَ، سواءٌ شرطَ عليهم الامتناع منه، أم لا، هـٰذا إذا لم تكن شُبْهة، فلو أعانوا البُغاةَ، وادَّعوا أنهم لم يعرفوا الحالَ، فقد سبق بيانُهُ في « قتالِ البغاة ».

ولو منعوا الجزيةَ، أو امتنعوا من إجراءِ أحكامِ الإسلامِ عليهم، انتقضَ عهدهم، هـٰكذا قاله الأصحاب.

قال الإمامُ[١]: هـٰذا إذا منعَ مع القدرة، فأمَّا العاجزُ إذا استمهلَ فلا ينتقِضُ عهده.

قال: ولا يبعدُ أَنْ يقالَ: تؤخذُ الجزية من الموسِر الممتنِع قَهْراً، ولا يجعلُ الامتناع ناقضاً كسائر الديون، ويخصّص ما قاله الأصحاب بالمتغلِّبِ المقاتل.

قال[٢]: وأَمَّا الامتناعُ من إجراءِ الأحكامِ؛ فإنِ امتنعَ هارِباً، فلا أُراه ناقِضاً، وإنِ امتنعَ راكباً إلىٰ قوَّة وعُدَّة، فينبغي أَنْ يُدعىٰ إلىٰ الانقيادِ؛ فإنْ نصبَ [١١٨١ / أ] القتالَ، انتقضَ عهده بالقتال، ثم أسند الإمامُ[٣] ما ذكره من الاحتمال إلىٰ مَنْ تَقدَّمَهُ، فحكىٰ عن القاضي حُسَين حَصْرَ الانتقاضِ في القتال.

ونقلَ ابْنُ كَجٍّ قولَين في امتناعهم من إجراءِ الأحكام.

وعن « الحاوي »: أَنَّ الامتناعَ من البَذْلِ[٤] نَقْضٌ لِلْعَهْدِ[٥] من الواحدِ والجماعة، والامتناع مِنَ الأداءِ مع الاستمرار علىٰ الالتزامِ نَقْضٌ من الجماعة دونَ الواحِدِ؛ لأنه يسهلُ إجبارُه عليه.

---

(١) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٣٧).
(٢) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٣٨).
(٣) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٣٨).
(٤) في المطبوع: « البدل »، تصحيف.
(٥) في (ظ)، والمطبوع: « العهد ».

ولو زنىٰ ذميٌّ بمسلمةٍ، أو أصابها باسمِ نكاحٍ، أو تطلَّعَ علىٰ عورةِ المسلمين، ونقلَها إلىٰ دار الحرب، أو فَتَنَ مسلماً عن دينه، ودعاه إلىٰ دينهم، ففي انتقاضِ عهدِهِ طرقٌ.

أصحُّها: أنه إنْ لم يَجْرِ ذكرُها في العقد، لم ينتقضْ، وإلَّا فوجهان، ويقال: قولان.

أصحُّهما: لا ينتقِضُ قطعاً.

والثالث: إنْ شرطَ، انتقضَ، وإلَّا فوجهان.

وهلِ المعتبرُ في الشرط الامتناعُ من هٰذه الأفعالِ، أم انتقاضُ العهدِ إذا ارتكبَها؟ صرَّحَ الإمامُ، والغزاليُّ بالثاني، وكثيرونَ بالأولِ، ولا يبعدُ أنْ يتوسَّطَ فيقال: إنْ شرطَ الانتقاض، فالأصحُّ الانتقاضُ، وإلَّا، فالأصحُّ خلافه، وأُلحقَ بالخصالِ الثلاثِ إيواءُ عُيونِ الكفار.

وأمَّا قطعُ الطريقِ، والقتلُ الموجِبُ للقصاص، فالمذهبُ أنهما كالزنىٰ بمسلمةٍ، وقيل: كالقتالِ، ولا يلحقُ بالمنابذة التوثُّبُ علىٰ رُفْقة، أو شخصٍ معيَّن، ولْيَجْرِ الطريقان فيما لو قذَفَ مسلماً، وسواء قلنا: ينتقضُ العهدُ، أو لا ينتقضُ، فقد قال البغويُّ: يقامُ عليهم موجبُ ما فعلوه من حَدٍّ، أو تعزيرٍ، ثم يجري علىٰ مُقتضىٰ الانتقاضِ، كما سيأتي إنْ شاء ٱلله تعالىٰ.

وإذا قُتِلَ الذميُّ، لقَتْلِهِ مسلماً، أو لِزناهُ[1]، وهو مُحْصَنٌ، فهل يصيرُ مالُهُ فيئاً؛ تفريعاً علىٰ الحكم بالانتقاضِ؟ وجهانِ.

قلتُ: أصحُّهما . . . .[2].

وأَمَّا ذِكْرُ رسولِ ٱللهِ ﷺ بالسُّوء، إذا جَهَرُوا به، وطَعْنُهُمْ في الإسلام ونَفْيُهم القرآنَ، فالمذهبُ أنه كالزِّنىٰ بمسلمةٍ، ونحوِهِ، وقيل: ينتقض قطعاً، كالقتالِ، وفي محلِّ الخلافِ طريقان.

---

(١) في المطبوع: « لزنًىٰ ».

(٢) بياضٌ في الأصول الخطية، وجاء بهامش الورقة (١١٨١ / ب) من النسخة الخطية (ظ): « كذا نُقِلَ عن خط المصنف ».

أحدُهما: أنه فيما إذا ذَكَرَ الذميُّ[١]، سواءٌ يعتقدُه ويتديَّن به، كتكذيب ونحوِهِ، فأمَّا ما لا يعتقِدُهُ، ولا يتديَّنُ به؛ بأَنْ طعنَ في نسبه ﷺ[٢]، أو نسبَهُ إلىٰ الزنىٰ، فليلتحق[٣] بالقتالِ، وينتقضُ العهد به قطعاً، سواء شرطَ عليه الكَفّ عنه، أم لا.

وأصحُّهما: أَنَّ الخلافَ فيماإذا ذَكَرَ ما لا يتديَّنُ به، فأمَّا ما يتديَّنُ به، فلا ينتقضُ بإظهاره قطعاً، ومن هٰذا: نَفْيُهُمُ القرآنَ.

واعلمْ: أَنَّ ذِكْرَهَمُ ٱللهَ تعالىٰ، كذِكْرِهِمْ رسولَ ٱللهِ ﷺ بطريقِ الأَوْلىٰ، فيجري فيه الخلافُ، صرَّح به الرُّوْيَانِيُّ، وغيرُهُ، ولٰكنهم جعلوا إظهارَ الشركِ، وقولهم: ﴿ثَالِثُ ثَلَـٰثَةٍ﴾، ومعتقدهم في المسيح، وعُزَير، كإظهارِهم الخمر، فلا ينتقضُ قطعاً، مع أَنَّ جميعَ هٰذا يتضمَّنُ ذكرَ ٱللهِ تعالىٰ بالسُّوء، ولا يستقيمُ هٰذا إلَّا علىٰ الطريق الثاني، وهو أَنَّ السوءَ الذي يتديَّن به لا ينقضُ قطعاً.

ونقل صاحب «الشامل»، وغيرُهُ، عن أبي بكْرٍ الفارِسِيِّ، أنه قال: مَنْ شتمَ منهم النبيَّ [١١٨١ / ب] ﷺ، قُتِل حَدّاً؛ لأن النبيَّ ﷺ قَتَلَ ابْنَ خَطَلٍ[٤]، والقَيْنَتَيْنِ[٥]، وزَيَّفُوه وقالوا: إنهم كانوا مشركينَ، لا أمانَ لهم.

---

(١) في (فتح العزيز: ١١ / ٥٤٩) زيادة: «النبي ﷺ بسوءٍ».
(٢) في المطبوع: «في نسب رسول ٱلله ﷺ».
(٣) في (أ): «فيلتحق».
(٤) **ابن خطل**: اسمه: عبد العُزَّىٰ، وقيل: اسمه غالب بن عبد ٱلله. وسمَّاه محمد بن إسحاق: عبد ٱلله بن خَطَل. وخَطَل: بفتح الخاء المعجمة والطاء المهملة. أمر النبيُّ ﷺ يوم فتح مكة بقتله. قتله سعيد بن حُريث، وقيل: أبو بَرْزَةَ الأسلميُّ، وقيل غيره. ورجَّح الحافظ في (الفتح: ٤ / ٦١) أن يكون أبو برزة هو الذي قتل ابن خَطَلٍ، وقال: «هو أصحُّ ما ورد في تعيين قاتله، وبه جزم البلاذري وغيره من أهل العلم بالأخبار». انظر: (تهذيب الأسماء واللغات: ٢ / ٦٦٣ ـ ٦٦٤).
(٥) أخرج (البخاري: ١٨٤٦)، و(مسلم: ١٣٥٧)، و(الترمذي في الجامع الصحيح: ١٦٩٣)، وفي (الشمائل: ١٠٦). عن أنس بن مالكٍ، رضي ٱلله عنه؛ أَنَّ النبيَّ ـ ﷺ ـ دخلَ مكةَ، وعليه مِغْفَرٌ، فقيل له: هٰذا ابْنُ خطلٍ، متعلِّقٌ بأستار الكعبة، فقال: «اقتلوه». قال المصنف في (شرح صحيح مسلم: ٩ / ١٣١): «قال العلماءُ: إنما قتله لأنه ارتدَّ عن الإسلام، وقتل مسلماً كان يخدمه، وكان يهجو النبيَّ ﷺ ويسبُّه، وكانت له قينتان تغنيان بهجاء النبيِّ ﷺ والمسلمين.....»، وقال ابن عبد البرِّ، كما في (الفتح: ٤ / ٦٢): «كان قتلُ ابن خطلٍ قَوَداً من قتله المسلم»، وانظر: (الشفا بتعريف حقوق المصطفىٰ للقاضي عياض ص: ٨١١ ـ ٨٢٨) بتحقيقي، و(التلخيص الحبير: ٤ / ١٢٩ ـ ١٣٠)، و(سنن أبي داود: ٢٦٨٤)، و(البيان: ١٢ / ٢٨٨).

فَرْعٌ: حيثُ حَكَمنا بانتقاضِ العهدِ، هل يُبَلِّغُهُمُ المأمَنَ ؟ قولانِ.

أحدُهما: نَعَمْ، كمن دخلَ بأمانِ صبيٍّ.

وأظهرُهما: لا؛ بل يتخيَّرُ الإمامُ بين قتلِهِ، واسترقاقِهِ، والمَنِّ، والفداءِ؛ لأنه كافرٌ، لا أمانَ له، والقولان في الانتقاض بغيرِ قتالٍ، فأَمَّا إذا نَصَبوا القتالَ، وصار[1] حَرْباً[2] لنا في دارنا، فلا بُدَّ من دفعهم، والسعيِ في استئصالِهم.

ولو أسلمَ مَنِ انتقضَ عهده قبل أن يختارَ الإمامُ شيئاً، قال الأصحابُ: لا يجوزُ استرقاقُهُ، بخلافِ الأسيرِ؛ لأنه لم يَحْصُلْ في يد الإمامِ بالقَهْر، فَخَفَّ أمرُهُ.

وهل يبطلُ أمانُ النساءِ والصبيان تبعاً، كما يثبتُ تبعاً ؟ وجهانِ.

أصحُّهما: لا، إذا لم توجَدْ منهم خيانة[3] ناقِضة، فعلىٰ هٰذا: لا يجوزُ سَبْيُهم، ويجوزُ تقريرُهم في دارِنا؛ فإنْ طلبوا الرجوعَ إلىٰ دارِ الحرب، أُجيبَ النساءُ دون الصبيانِ؛ إذْ لا حُكمَ لقولِهم قبل البلوغ، فإنْ كان الطالبُ مِمَّنْ يستحقُّ الحضانَةَ، أجيب إليه، وإلاَّ، فلا.

ولو نبذَ ذميٌّ إلينا العهدَ، واختارَ اللُّحوق بِدار الحرب، بلغناهُ المأمَنَ علىٰ المذهب، وأجرىٰ القاضي حُسَين فيه القولَين؛ لأنه كافرٌ، لا أمانَ له.

فَرْعٌ: المسلمُ إذا ذَكَرَ ٱللهَ تعالىٰ بما يقتضي الكُفْرَ، أو كَذَّبَ رسولَ ٱللهِ ﷺ، فهو مرتدٌّ، فَيُدْعىٰ إلىٰ الإسلامِ؛ فإنْ عادَ وتابَ، قُبلَتْ توبتُهُ.

ولو كَذَبَ علىٰ رسولِ ٱللهِ ﷺ عَمْداً، فعنِ الشيخ أبي محمد: أنه يكفرُ، ويراقُ دَمُهُ، قال الإمامُ[4]: وهٰذه زَلَّةٌ، ولم أَرَ ما قاله لأحدٍ من الأصحاب، والصوابُ أنه يعزَّرُ، ولا يكفرُ، ولا يُقْتَلُ، وما رُوي أَنَّ رجلاً أتىٰ قوماً، وزعمَ أنه رسولُ رسول الله ﷺ، فأكرموه، فأمرَ رسولُ ٱلله ﷺ بقتله[5]، محمولٌ علىٰ أَنَّ الرجلَ كان

---

(١) في (فتح العزيز: ١١ / ٥٥٠): « وصاروا ».
(٢) في (أ): « حربيّاً ».
(٣) في (فتح العزيز: ١١ / ٥٥٠): « جناية » بدل: « خيانة ».
(٤) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٤٨).
(٥) أَخرجه البغويُّ في « معجمه » من حديث بُرَيدة بن الحُصَيب، وله شاهدٌ من حديث [عبد ٱلله بن] محمد بن الحنفيَّة، عن صِهرٍ لهم من أَسْلَمَ، سمع النبيَّ ﷺ. رواه (أحمد مختصراً: ٥ / ٣٧١)، =

كافِراً[(١)].

ومن قَذَفَ النبيَّ، ﷺ، وصرَّحَ بنسبته إلىٰ الزِّنَىٰ، فهو كافرٌ باتفاقِ الأصحاب، فإن عاد إلىٰ الإسلامِ فثلاثةُ أوجُهٍ.

أحدُها، قاله الأستاذُ أبو إسحاق[(٢)]: لا شيء عليه؛ لأنه مرتدٌّ أسلمَ.

والثاني، قاله أبو بكرٍ الفارِسِيُّ: يقتلُ حَدّاً؛ لأنه حَدُّ قذف، فلا يسقطُ بالتوبة.

والثالث، قاله الصيدلاني: يجلدُ ثمانينَ جلدةً.

ثم في كلام الإمام[(٣)]، والغزاليِّ أَنَّا إذا قلنا: يثبتُ حَدُّ القذفِ، فعفا أَحَدُ بني أعمامه، فينبغي أَنْ يسقطَ، أو يقول: هم لا ينحصرون، فهو كقذفِ ميتٍ ليس[(٤)] له ورثةٌ خاصُّون. ولا يبعدُ تخريجُ وجوبِ الحَدِّ علىٰ القولَين في وجوبِ القِصاص بقَتْلِ مثلِ هـٰذا الشخص، وقد يقال: كُلُّ واحِدٍ من بني الأعمام غير وارثٍ؛ بل الإِرْثُ للأقربِ، ولا يكاد يعرفُ الأقربُ مِمَّن في الدنيا، ويقعُ النظرُ في أَنَّ عَفْوَ بعضِ الورثة هل يؤثِّرُ؟ ووراءه نَظَرٌ آخَرُ، وهو أَنَّ حَدَّ قَذْفِهِ هل يورَثُ؟ فيجوز أَنْ يقال: لا يورَثُ، كما لا يورَثُ المالُ، أَمَّا إذا لم يقذفْ صريحاً، لـٰكن عَرَّضَ، فقال الإمام[(٥)]: الذي أراهُ أنه كالسبِّ الصريحِ في اقتضاءِ الكفرِ؛ لما فيه من الاستهانة.

= و(أبو داود مختصراً أيضاً: ٤٩٨٦)، و(الطبراني في الكبير: ٦ / ٢٧٧ برقم: ٦٢١٥).

وأخرجه (الطبراني في الأوسط: ٣ / ٥٩ برقم: ٢١١٢) من حديث عبد ٱلله بن عمرو بن العاص. وادَّعىٰ الذهبي في « الميزان » أنه لا يصحُّ بوجه من الوجوه. قال الحافظ في (التلخيص الحبير: ٤ / ١٢٧): « ولا شك أنَّ طريق أحمد ما بها بأسٌ، وشاهده حديثُ بُريدة، فالحديث حسن ». وانظر: (مجمع الزوائد: ٢ / ٣٨٢ ـ ٣٨٦) بتحقيق أستاذنا العلامة حسين أسد، و(جامع الأصول: ٦ / ٢٦٣).

(١) نَقَلَ هـٰذه العبارةَ: « محمول علىٰ أن الرجل كان كافراً » عن الإمام: الرافعيُّ في (فتح العزيز: ١١ / ٥٥١)، والمصنفُ كما ترىٰ، والحافظ ابن حجر في (التلخيص الحبير: ٤ / ١٢٦)، والذي قاله الإمام في (نهاية المطلب: ١٨ / ٤٨) بعد ذكره قصة الرجل الذي كذب علىٰ النبي ﷺ: « والوجْهُ: حَمْلُ أمرِ رسولِ ٱلله ﷺ علىٰ معرفته بأن ذٰلك الرجل كان منافقاً، ولا وجْهَ لإثبات كفرٍ لا أصلَ له، ولا لإثبات قتل لا مستند له ».

(٢) هو أبو إسحاق الإسْفَراييني، إبراهيم بن محمد.

(٣) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٤٦).

(٤) في (أ): « ليست ».

(٥) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٤٩).

قلتُ: هٰذا الذي قاله الإمامُ متعيّنٌ، وقد قاله آخرونَ، ولا نعلم فيه خلافاً. **واللهُ أعلمُ.**

ولو قَذَفَ نبيّاً غيرَ نبيِّنا [١١٨٢ / أ]، فهو كَقَذْفِ نَبِيِّنا ﷺ.

فَصْلُ: في مَسَائِلَ[١] تتعلَّقُ بالبَابِ

يُؤْخَذُ علىٰ أهلِ الذمة أَنْ يُخْفُوا دَفْنَ موتاهم، ولا يُخرجوا جنائزَهم ظاهِراً، ولا يُظهروا علىٰ موتاهم لَطْماً، ولا نَوْحاً، ولا يَسقوا المسلمين خمراً، ولا يُطعموهم خِنزيراً، وإذا شرطَ ذٰلك عليهم فعَرَضَ بعضُهم خمراً علىٰ مسلم، فشربَها اختياراً، حُدَّ المسلمُ، وعُزِّرَ الذميُّ. وكذا لو ابتدأَ المسلمُ بطلبها فأجابَهُ؛ لٰكنْ تعزيرُه هنا أخفُّ، وأَنْ لا يُعلوا أصواتهم علىٰ المسلمين، وأَنْ يُعينوهم إذا استعانوا بهم فيما لا يتضرَّرون به، وأَنْ لا يستذلُّوا المسلمين في مهنِ الأعمالِ بأجرةٍ، ولا بتبرُّعٍ، حُكي أكثرُ هٰذا عن « الحاوي ».

وعنه[٢]: أنهم لو انفَردوا بقريةٍ، هل يُمنعون ركوب الخيلِ ؟ وجهان.

أحدهما: لا، كإظهارِ الخَمْرِ.

والثاني: نَعَمْ، خوفاً من أَنْ يتقوَّوا به علىٰ المسلمين.

ولو بنىٰ ذميٌّ في دارِ الإسلامِ بناءً لأبناءِ السبيل، مُكِّنَ إنْ جعله للمسلمين، وأهلِ الذمة؛ فإنْ خصَّ أهل الذمة، فوجهان.

ويكتبُ الإمامُ بعد عقد الذمة أسماءَهم وأَديانَهم، وحُلاهُمْ[٣]، فيتعرَّض لسنِّهِ، أهو شيخٌ أم شابٌّ ؟ ولِلَوْنِهِ[٤]: من سُمْرة، وشُقْرةٍ، وغيرهما، ويصفُ وجهَه، ولِحيتَه، وجبهتَه، وحاجِبَيْهِ، وعينَيه، وشَفَتيه، وأنفَه، وأسنَانَهُ، وآثارَ وجهه إنْ كان فيه آثارٌ.

---

(١) في هامش (ظ) زيادة: « منثورة ».

(٢) كلمة: « وعنه »، ساقطة من المطبوع.

(٣) حُلاهم: أي: صفاتهم. الحليةُ: الصِّفةُ (المصباح: ح ل ا).

(٤) في (ظ ، س)، والمطبوع، و(فتح العزيز: ١١ / ٥٥٣): « ولكونه »، تحريف.

ويجعلُ علىٰ كل طائفةٍ عريفاً [١] يَضْبطُهُمْ، لمعرفة مَنْ أسلمَ منهم، ومَنْ ماتَ، ومَنْ بَلَغَ، ومَنْ قَدِمَ عليهم، ولِيُحْضِرَهُمْ لأداء الجزيةِ، والشكوىٰ إليه مِمَّنْ يتعدَّىٰ عليهم من المسلمين، ومَنْ يتعدَّىٰ منهم، ويجوزُ أَنْ يكون العريفُ للغَرَضِ [٢] الثاني ذمياً، ولا يجوزُ للغَرَضِ [٣] الأول إلَّا مسلمٌ. وبٱلله التوفيقُ.

✍ ✍ ✍

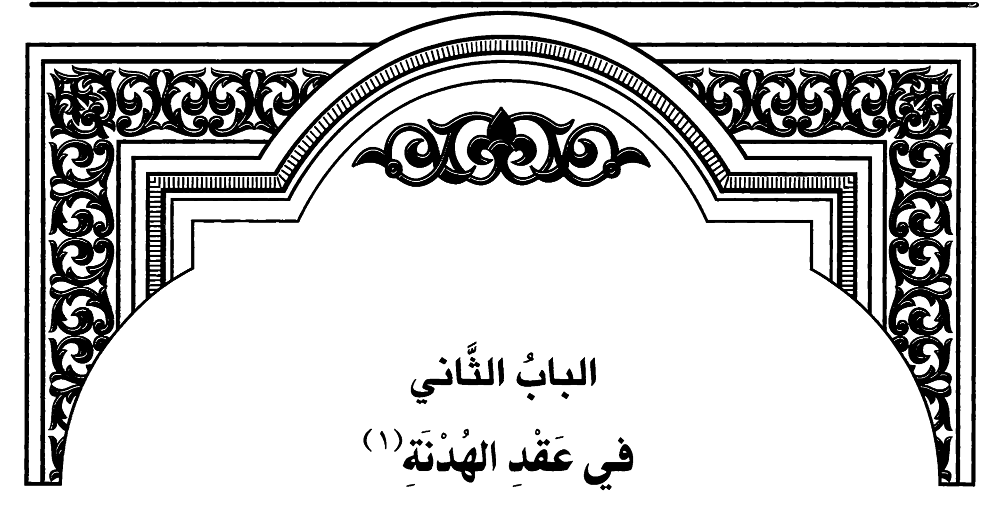
---

(١) **عريفاً**: العريفُ: هو القيِّمُ بأمور جماعة من الناسِ، يلي أمورهم، ويتعرَّف الأمير منه أحوالهم (النهاية لابن الأثير: عرف).

(٢) في المطبوع: « للعرض »، تصحيف.

(٣) في المطبوع: « للعرض »، تصحيف.





البابُ الثَّاني
في عَقْدِ الهُدْنَةِ(١)

ويُقال لها: الموادعةُ، والمعاهدةُ، وهي جائزةٌ بنصوصِ الكتابِ، والسنَّةِ، والإجماعِ، فيه طرفان:

الأول: في شروطِها وهي أربعةٌ:

الأول: أَنْ يتولَّاه الإمامُ، أو نائبُهُ فيه، هٰذا في مُهادنة الكفَّارِ مطلقاً، أو أهلِ إقليمٍ، كالهِنْد، والرُّومِ، ويجوز لوالي الإقليم المهادَنَةُ مع أهل قريةٍ، أو بلدةٍ في إقليمه للمصلحة، وكأنه مأذونٌ فيه بتفويضِ مصلحةِ الإقليم إليه.

ولو عقدَ الهُدْنةَ واحد من الرعيَّة، فدخلَ قومٌ مِمَّنْ هادنهم دارَ الإسلام، لم يُقَرُّوا، لٰكن يُلحقون بمَأْمَنهم؛ لأنهم دخلوا علىٰ اعتقادِ أمانِهِ.

الثاني: أَنْ يكونَ للمسلمين إليه حاجةٌ، وفيه مصلحةٌ؛ بأَنْ يكونَ في المسلمين ضعْفٌ؛ لقلَّة عَدَدٍ، أو مال، أو بُعْدِ العدوِّ، أو يطمعَ في إسلامهم؛ لمخالطتهم المسلمينَ، أو في قَبُولهم الجزيةَ، أو في أَنْ يُعينوه علىٰ قتالِ غيرهم.

وإذا طلبَ الكفارُ الهُدْنة؛ فإنْ كان فيها ضرَرٌ علىٰ المسلمين فلا يَخفىٰ أنهم لا يُجابون، وإلَّا فوجهان.

---

(١) في المطبوع: « الذمَّة » بدل « الهدنة »، خطأ. والهُدْنَةُ لفظها مشتقٌّ من الهدون، وهو: اللِّين والسكون، ومنه قيل للمصالحة: المهادنة؛ لأنها ملاينة أحد الفريقين، ومنه قولهم: هُدنة علىٰ دخن. وهي في الشرع: معاقدة أهل الحرب علىٰ ترك القتال مدةً معلومة بعوضٍ، أو غيره (النجم الوهّاج: ٩ / ٤٣٧)، وانظر: (الموسوعة الفقهية: ٤٢ / ٢٠٥ ـ ٢٠٦).

أحدُهما: تجبُ إجابَتُهم.

والصحيح: لا تجبُ؛ بل يجتهدُ الإمامُ، ويفعل الأصلحَ.

قال الإمامُ[1]: وما يتعلق باجتهادِ الإمامِ لا يعدُّ واجباً، وإنْ كان يتعيَّنُ عليه رعايةُ الأصلح[2].

الثالثُ: أن يخلوَ عن الشروطِ الفاسدة؛ فإنْ عقدَها على أن لا ينتزعَ أَسْرىٰ المسلمين منهم، أو يردَّ إليهم المسلم الذي أسروه، وأفلتَ [١١٨٢ / ب] منهم، أو شرطَ تَرْك مالِ مسلم في أيديهم، فهٰذه شروطٌ فاسدة. وكذا لو شرطَ أَنْ يعقدَ لهم الذمةَ علىٰ أقلَّ من دينارٍ، أو علىٰ أَنْ يُقيموا بالحجازِ، أو يَدْخُلوا الحَرَمَ، أو يُظْهِروا الخُمورَ في دارِنا، أو شرطَ أَنْ يردَّ عليهمُ [النِّسَاءَ][3] إذا جئْنَ مسلماتٍ. وكذا لو عقدَ بشرط التزامِ مالٍ؛ فإنْ دعت ضرورةٌ إلىٰ بذلِ مالٍ؛ بأَنْ كانوا يعذِّبونَ الأَسْرىٰ في أيديهم ففدَيناهم، أو أحاطوا بنا وخِفْنا الاصطدامَ، فيجوزُ بَذْلُ المال، ودَفْعُ أعظمِ الضررَين بأخفِّهما، وفي وجوبِ بَذْلِ المال عند الضرورة وجهانِ؛ بناءً علىٰ وجوبِ دَفْعِ الصَّائِل.

قلتُ: ليس هٰذا البناءُ بصحيحٍ، فقد سبقَ أَنَّ الصائِل إذا كان كافراً، وجبَ دفعُهُ قطعاً. ثم الخلافُ هناك في وجوبِ الدفعِ بالقتالِ، وهنا بالمالِ، والأصحُّ: وجوبُ البذلِ ـ هنا ـ للضرورةِ. **واللهُ أعلمُ**.

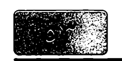
ولا يملكُ الكُفَّارُ ما يأخذونَه؛ لأنه مأخوذٌ بغيرِ حَقٍّ، قاله في « المهذب »[4].

وإذا جرىٰ في المهادَنة شرطٌ فاسِد، فسَدَ به العقدُ علىٰ الصحيح، وبه قطع ابْنُ الصَّبَّاغِ، وغيرُهُ.

الرابعُ: أَنْ يقتصرَ علىٰ المدَّة المشروعة. ثم لا يخلو إمَّا أَنْ لا يكونَ بالمسلمين ضعفٌ، أو يكونَ؛ فإنْ لم يكن، ورأىٰ الإمامُ المصلحةَ في الهُدنة، هادَنَ أربعةَ

---

(١) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٧٩).
(٢) في المطبوع: « الأصح ».
(٣) ما بين حاصرتين ساقط من (ظ)، والمطبوع.
(٤) انظر: (المهذب: ٥ / ٣٥١).



أشهر، فَأَقَلَّ، ولا يجوزُ أكثر من سَنَةٍ قطعاً، ولا سَنَة على المذهب، ولا ما بينهما[١] وبينَ أربعةِ أشهُر على الأظهرِ.

وإنْ كان بالمسلمين ضعفٌ، جازتِ الزيادةُ إلى عَشْرِ سنينَ بحسَبِ الحاجة، ولا تجوزُ زيادة على العَشْرِ، لكن إنِ انقضَتِ المدةُ والحاجة باقيةٌ، استؤنِفَ العقدُ، وقيل: تجوزُ الزيادةُ على عَشْرٍ بحسَب الحاجة، وقيل: لا يجوزُ أكثر من سَنَةٍ، وقيل: لا يجوزُ أكثر من أربعة أشهُرٍ، وهذه أوجُهٌ شاذَّةٌ مردودةٌ.

فإذا قلنا: لا تجوزُ الزيادةُ على عَشْرٍ، فهادَنَ مُطلقاً، فالعقْدُ فاسد، وقيل: ينزلُ عند ضعف المسلمين على عَشْرٍ، وعند القوَّة قولانِ.

أحدُهما: ينزلُ على سنةٍ.

والثاني: على أربعةِ أشهرٍ.

ويجوزُ أَنْ لا يؤقت[٢] الإمامُ الهدنةَ، ويشرطَ انقضاءَها متَى شاء؛ لأن النبيَّ ﷺ هادَنَ يهودَ خيبرَ، وقال: «**أُقِرُّكُمْ ما أَقَرَّكُمُ ٱللهُ**»[٣] لكنْ لو اقتصرَ الإمامُ على هذه اللفظة، أو قال: هادَنتكم إلى أَنْ يشاءَ ٱللهُ، فسدَ العقدُ؛ لأن النبيَّ ﷺ يعلم ما عند اللهِ بالوحْي، بخلاف غيرِهِ.

ولو قال: هادَنْتُكم ما شاءَ فلانٌ، وهو مسلمٌ، عَدْلٌ، ذو رأي، فإذا نقضها، انتقضَتْ.

ولو قال: ما شاء فلانٌ منكم، لم يَجُزْ؛ لأنَّ الكافرَ لا يحكمُ على المسلمينَ.

فَرْعٌ: إذا زادَ قَدْرُ مدةِ الهُدْنة على الجائز؛ بأَنْ زادَ عند الضَّعْفِ عل عَشْرِ سنين، أو احتاجَ إلى أربعٍ مثلاً، فزادَ، بَطَلَ العقدُ في الزائِدِ، وفي الباقي قَوْلا تفريقِ الصَّفْقَةِ.

وقيل: يصحُّ فيه قطعاً؛ لعَدَمِ العوض، ولأنه يتسامحُ في مُعاقدة الكفَّار.

---

(١) في (أ): « بينها ».

(٢) في المطبوع: « يوقف ».

(٣) أخرجه (البخاري: ٢٧٣٠) من حديث عمر بن الخطاب، وأخرجه مالك في (الموطأ: ٢ / ٧٣) من حديث سعيد بن المسيب مرسلاً. وانظر: (صحيح مسلم: ١٥٥١ / ٤). قال الحافظ في (الفتح: ٥ / ٣٢٧): « المرادُ بقوله: « ما أقرَّكُمُ ٱللهُ »: ما قدَّر اللهُ أنْ نترككم فيها، فإذا شئنا، فأخرجناكم تبيَّن أنَّ ٱلله قَدَّرَ إخراجكم، وٱللهُ أعلم ».

فَرْعٌ: إذا طلبَ الكافر الأمانَ؛ ليسمعَ كلامَ ٱللهِ تعالىٰ، وجبَتْ إجابتُهُ قطعاً كما سبقَ،

قال الإمامُ[1]: وهل يمهلُ لذٰلك أربعةَ أشهر، أم يقالُ: إذا لم يفصل الأمر بمجالسَ، يحصُلُ فيها البيانُ التامُّ يقالُ له: الْحَقْ بمَأمَنِكَ؟ فيه تردُّدٌ أخذْتُهُ من فحوىٰ كلامِ الأصحابِ، والأصحُّ: المنعُ.

الطرفُ الثَّاني: في أَحْكامِها [١١٨٣ / أ]

فمتىٰ فسدَ العقدُ؛ لزيادة المدَّة، أو لالتزامِ مالٍ، أو غيرِهما، لا يُمضىٰ؛ بل يجبُ نقضُهُ، لٰكن لا يجوزُ اغتيالُهم؛ بل يجب إنذارُهم، وإعلامُهم.

وإذا وقعَ صحيحاً، وجبَ الوفاءُ بالكَفِّ عنهم إلىٰ انقضاءِ المدَّة، أو صُدُورِ خِيَانةٍ[2] منهم تقتضي الانتقاضَ.

وإذا مات الإمامُ الذي عقدَها، أو عُزِلَ، وجبَ علىٰ الإمام الذي بعدَه إمضاؤُهُ؛ فإنْ رآه فاسِداً، قال الرُّوْيانِيُّ: إنْ كان فسادُهُ من طريق الاجتهادِ، لم يفسَخْهُ، وإنْ كان بنصٍّ، أو إجماعٍ، فسخَهُ.

وينبغي للإمام إذ هادَنَ أَنْ يكتبَ عَقْدَ الهُدنة، ويُشْهِدَ عليه؛ ليعملَ به مَنْ بعدَه، ولا بأسَ أَنْ يقول فيه: لكم ذِمَّةُ اللهِ تعالىٰ، وذِمةُ رسولِهِ، ﷺ، وذِمَّتي.

ومتىٰ صرَّحوا بنقضِ العقدِ، أو قاتَلوا المسلمينَ، أو آوَوا عَيْناً عليهم، أو كاتَبوا أهلَ الحرب، أو قَتلوا مسلماً، أو أخذوا مالاً، أو سَبُّوا رسولَ ٱللهِ، ﷺ، انتقضَ عهدهم، ولا يفتقرُ إلىٰ أَنْ يحكمَ الحاكِم بنقْضِهِ.

قال الإمامُ[3]: والمضرَّاتُ التي اختلفَ في انتقاضِ عقدِ الذمَّةِ بها تنقضُ الهدنةَ بلا خلاف؛ لأنَّ الهُدنة ضعيفةٌ، غيرُ متأكّدَة ببذلِ الجزية.

وإذا انتقضَ عهدُهم، جاز قَصْدُ بلدِهم، وتَبْييتُهم[4]، والإغارةُ عليهم، إِنْ

---

(١) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٧٩).

(٢) في (فتح العزيز: ١١ / ٥٦٠): « جناية ».

(٣) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ١٠١).

(٤) تبييتهم: البياتُ: الإغارة علىٰ العدوِّ ليلاً (النجم الوهّاج: ٩ / ٤٤٤).

علموا أَنَّ ما فعلوه ناقِضٌ، وكذا إنْ لم يعلموا علىٰ الأصحِّ.

وقيل: لا يقاتَلون إلَّا بعد إنذارِهم.

وينبغي أَنْ يقالَ: إذا لم يعلموا أنه خيانة[١]، لا ينتقضُ العهدُ إلَّا إذا كان المفعولُ مِمَّا لا يُشَكُّ في مُضَادَّته للهُدنة، كالقِتالِ.

ثم ما ذكرنا مِنْ قَصْدِهِمْ، والإغارةِ عليهم، هو إذا كانوا في بلادهم، فَأَمَّا مَنْ دخلَ دارنا بأمانٍ، أو مُهادنة، فلا يُغْتَالُ، وإنِ انتقضَ عهدُهُ؛ بل يُبَلَّغُ المَأْمَنَ، هـٰذا إذا نقضَ جميعُهم العهدَ، فإنْ نقضَه بعضُهم، نُظِرَ:

إنْ لم يُنْكِرِ الآخرونَ علىٰ الناقِضينَ بقولٍ، ولا فِعلٍ؛ بل ساكَنُوهم، وسكَتوا، انتقضَ عهدُهم أيضاً، وإنْ أنكروا بقولٍ، أو فعلٍ؛ بأَنِ اعتزلُوهم أو بَعَثُوا إلىٰ الإمام؛ بأَنَّا مُقيمون علىٰ العهد، لم ينتقضْ، هـٰكذا أطلقه جماهير الأصحاب، ووراءه شيئان غريبان.

أحدهما: قال الإمامُ[٢]: لو بَدَتْ خِيَانَةُ بعضِهم، وسكتَ الآخرونَ، كان للإمامِ أَنْ يَنْبُذَ إليهم.

والثاني: في كتاب ابْنِ كَجٍّ: أنه لو نقضَ السُّوْقَةُ[٣] العهدَ، ولم يَعْلَم الرئيسُ والأشرافُ بذٰلك، ففي انتقاضِ العهد في حَقِّ السُّوْقَةِ وجهانِ.

وجه المنع: أنه لا اعتبارَ بعقدِهم فكذا بنقضِهم.

وأنه لو نقضَ الرئيسُ، وامتنعَ الأتباعُ، وأنكروا، ففي الانتقاضِ في حقِّهم قولانِ.

وجهُ النقضِ: أنه لم يَبْقَ العقدُ في حَقِّ المتبوعِ، فكذا التابع، والصحيحُ ما سبق.

وإذا انتقضَ في حَقِّ بعضِهم؛ فإنْ تميَّزوا، فذاكَ، وإلَّا فلا يُبَـيِّتُهُم الإمامُ، ولا يُغَارُ عليهم إلَّا بعد الإنذارِ، ويبعثُ إلىٰ الذين لم ينقضُوا؛ ليتميَّزوا، أو

---

(١) في (فتح العزيز: ١١ / ٥٦٠): « جناية ».

(٢) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ١٠٠).

(٣) السُّوْقة من الناس: الرعيَّةُ، ومنْ دون الملكِ (نهاية الغريب: سوق).

يُسْلِموهم، فإن لم يفعلوا مع القُدْرة صاروا ناقضِين أيضاً. ومَنْ أُخِذَ منهم، واعترَفَ بأنه من الناقضِين، أو قامت عليه بيِّـنَةٌ، لم يَخْفَ حكمُهُ، وإلاَّ فيصدَّق بيمينه أنه لم يَنْقُضْ.

وأمَّا عقدُ الذمةِ، فنقْضُهُ من البعضِ ليس نَقْضاً [١١٨٣ / ب] من الباقينَ بحالٍ.

فَرْعٌ: إذا استشعرَ الإمامُ مِمَّنْ هادَنَهُ خيانَةً، وظهرَتْ أَمارةٌ تَدُلُّ علىٰ خِيانتهم، فقال الشيخ أبو حامد: ينتقضُ عهدهم، والصحيح المنصوص: أنه لا ينتقضُ[١]؛ بل للإمام أَنْ يَنْبِذَ إليهم عهدَهم، وحُكي قولٌ أنه لا ينبِذُهُ كما لا يَنْبِذُ عَقْدَ الذمَّة بالتُّهْمةِ[٢].

وحكي وجْهٌ في نَبْذِ الذمَّة بالتُّـهْمَةِ، والمذهبُ الفرْقُ.

وإذا نَبَذَهُ فلا بُدَّ من إنذارِهم، وإبلاغِهِم المَأْمَنَ، لـٰكنْ مَنْ عليه حَقُّ آدميٍّ من مالٍ، أو حَدِّ قذفٍ، أو قِصاص، يُستوفىٰ منه أَوَّلاً.

والمعتبرُ في إبلاغِ الكافِرِ المأمَنَ، أنْ يمنعَهُ من المسلمينَ، ومِنْ أهلِ عهدِهم، ويلحقَهُ بدارِ الحربِ، واكتفىٰ ابْنُ كَجٍّ بإلحاقه بأوَّلِ بلادِ الكُفرِ، وقال: لا يلزَمُ إلحاقُهُ ببلده الذي يسكنه فوقَ ذٰلك، إلاَّ أَنْ يكونَ بين أَوَّلِ بلادِ الكفرِ وبلدِهِ الذي يسكنُهُ بلدٌ للمسلمينَ يحتاجُ إلىٰ المرور عليه.

وفي « البحر »: أنه لو كان له مَأْمَنانِ، لزمَ الإمامَ إلحاقُهُ بمسكنِهِ منهما. ولو كان يسكنُ بلَدَين، فالاختيارُ للإمام، وفي هـٰذا ما يُنَازَعُ في الاكتفاءِ بأولِ بلادِ الكفر.

ولو لم تظهَرْ أمارَةٌ يخافُ بسببها منهم [لم يَجُزْ][٣] نَبْذُ العهدِ، ولا اعتبار الوَهْمِ المَحْضِ، حكي ذٰلك عن نَصِّه في « الأُمِّ ».

فَرْعٌ: إذا هادَنَ الإمامُ مدةً؛ لضَعْفٍ وخَوْفٍ اقتضاها، ثم زالَ الخوفُ وقويَ المسلمونَ، وجبَ الوفاءُ بما جرىٰ.

---

(١) في (ظ) زيادة: « عهدهم ».

(٢) التُّهْمة: بسكون الهاء وفتحها: الشكُّ والريبة (المصباح: ت هـ م).

(٣) ما بين حاصرتين ساقط من (ظ)، والمطبوع، المثبت من (أ، س).

فَرْعٌ: قال في « الحاوي »: يجبُ علىٰ الذين هادَنَهم الإمامُ الكَفُّ عن قبيحِ القولِ والعملِ في حَقِّ المسلمينَ، وبَذْلُ الجميلِ منهما، فلو كانوا يُكرمون المسلمينَ، فصاروا يُهِينونَهم، أو يُضيفون النزيل ويَصِلُونهم، فصاروا يقطعونهم، أو يعظِّمون كتابَ الإمام، فصاروا يستخفُّون به، أو نَقَصوا عَمَّا كانوا يخاطبونه[1] به[2]، سألهم الإمام عن سبب فعلهم ؟ فإنِ اعتذروا بما يجوزُ قَبُولُ مثله، قَبِلَهُ، وإنْ لم يذكروا عُذْراً، أمرهم بالرجوعِ إلىٰ عادتهم؛ فإنِ امتنعوا، أعلمَهُم بِنَقْضِ الهُدْنة، ونَقَضَها.

فَصْلٌ: إذا شرطَ ردّ المرأةِ إذا جاءَتْنا منهم مُسْلِمةً، لم يَجُزْ بحالٍ، وشرط ردّ الرجلِ إذا هاجرَ مُسلماً جائِزٌ في الجُمْلة، والفرقُ أنه لا يؤمَنُ أَنْ يصيبَها زوجُها الكافِرُ، أو أَنْ تُـزَوَّجَ كافِراً، ولأنها عاجِزة عن الهرَبِ وأقربُ إلىٰ الافتتانِ، فإذا عقدَ الإمامُ هدنةً، فإمَّا أَنْ يشرطَ أَنْ لا يردَّ مَنْ جاء مسلماً، أو يطلقَ، أو يشرطَ الردّ، فإنْ شرط أَنْ لا يردَّ، فلا رَدَّ، ولا غرمَ، وكذا لو خصَّ النساء، يمنع الردّ.

وإنْ أطلقَ فهل يغرمُ الإمامُ مَهْرَ مَنْ جاءَتْ مسلمةً ؟ قولانِ.

أظهرُهما: لا.

وقيل: إنْ كان قبلَ الدخولِ وجبَ الغُرْمُ قطعاً، قال ابْنُ الصبَّاغ: هٰذا سهوٌ مِنْ قائِله.

وإن شرطَ الردَّ، نُظِرَ:

إن أطلقَ، فقال: بشرطِ أَنْ نردَّ مَنْ جاءنا منهم، ففي وجوبِ الغُرْمِ القولانِ، وقد يقالُ: إنْ أوجَبْنا عند الإطلاق، فهنا أَوْلىٰ، وإلَّا فقولانِ.

ولو صرّحَ بشرط رَدِّ النساء، فهو فاسِدٌ، وفي فساد العقدِ به ما سبقَ، فإنْ لم يفسدْهُ، ففي الغُرْمِ الخلافُ السابقُ بالترتيب، ويتفرَّعُ علىٰ وجوب الغُرْمِ مسائل.

منها: المَغْروم، وهو المبذولُ مِنْ صَدَاقها، وقال الماوَرْدِيُّ: عندي أنه هو الأقلّ [١١٨٤ / أ] من مَهْرِ المِثْلِ والمبذولِ، والصحيح: الأولُ، وبه قال الجمهورُ.

---

(١) في المطبوع: « يخاطبون ».

(٢) كلمة: « به »، ليست في (أ).

ولو لم يدفَعْ إليها شيئاً، فلا شيءَ له.

ولو لم يدفَعْ إلاَّ بعضَه، لم يستحقَّ إلاَّ ذٰلك القَدْر.

ولو كان أعطاها أكثرَ من المُسَمَّىٰ، لم يستحقَّ الزيادةَ، كما لا يستحقُّ ما أطعمَها وكساها، وأنفقه في العُرْسِ؛ لأنه متبرِّعٌ به، ولأنه ليس بدلَ البُضْعِ الذي حُلْنَا بينَه وبينَه.

ومنها: لا يثبتُ الغُرْمُ بمجرَّد قولِهِ: أعطيتُها صَدَاقها؛ بل يُنْظَرُ:

إن أنكرتِ النكاحَ، فهي المصدَّقَةُ، وعليه البَـيِّنة، وإِنْ صدَّقتْهُ، وأنكرتِ القبضَ، ففي « الشامل » وغيره: أنها تصدَّقُ باليمين، وعليه البَيِّنة، وقال الرُّوْيَانِيُّ: لا يمينَ عليها؛ لأن الصَّداق علىٰ غيرها، وقال الشيخ أبو حامد: يفحصُ الإمامُ عن مَهْرِ مثلِها، فقد يعرفُهُ مِنْ تُجَّارِ المسلمين الذين دَخلوا دارَ الحرب، ومن الأُسَارىٰ، ثم يحلفُ الرجل أنه أَصْدَقها ذٰلك القَدْرَ، وسلَّمه.

ولو ادَّعىٰ الدفعَ، وصدَّقَتْهُ، فقد نقل الإمامُ عن العراقيين: أَنَّ إقرارَها كالبَـيِّنة، وقالوا: تَعْسُرُ إقامةُ البَـيِّنة علىٰ ما يجري بين الكفار، ورأىٰ الإمامُ أَنْ يعتمدَ قولها، ولا يجعله حُجَّة علينا.

ومنها: مَحَلُّ الغُرْمِ: سَهْمُ المصالِح، وحكىٰ ابْنُ كَجٍّ وجهاً أنه إِنْ كان للمرأة مالٌ، أخذَ منها، والصحيحُ: الأولُ؛ فإِنْ هاجرت إلىٰ بلد فيه الإمامُ، غرمَ المهر، وإِنْ هاجرت إلىٰ بلد فيه نائبُهُ، فكذٰلك، وهل المعتبَرُ نائبُهُ في عقدِ الهُدْنة، أَمْ في بيتِ المالِ؟ وجهانِ.

وإِنْ هاجرَتْ إلىٰ بلد ليس فيه الإمامُ، ولا نائبُهُ، فعلىٰ أهلِ البلدِ منعُها حِسْبَةً، ولا يغرمونَ المهرَ، قال ابْنُ كَجٍّ: وليس علىٰ الإمامِ ـ والحالةُ هٰذه ـ رَدُّ المهرِ، كما لو جاء رجلٌ إلىٰ غيرِ بلدِ الإمام لا يلزمُهُ أَنْ يخلِّي بينه وبين مَنْ يطلبُهُ، والأحسَنُ ما حكاه البغويُّ وغيرُه: أَنه إِنْ قال عند المُهَادنة: مَنْ جاءني منكم مسلماً رَدَدْتُهُ، لم يلزمْهُ شيء؛ لأنها ما جاءَتْهُ، وإِنْ قال: مَنْ جاء المسلمينَ، أو مَنْ جاءَنا، وَجَبَ.

ومنها: لو وهبَتْهُ الصَّدَاقَ، أو أبرأَتْهُ فعلىٰ الخلافِ في التَّشْطير[1].

(١) في (ظ)، والمطبوع: « التشطر ».

ومنها: إذا جاءَتْ مُسْلِمةً، ثم أسلمَ الزوجُ، نُظِرَ:

إِنْ أسلمَ قبل انقضاءِ عِدَّتها، فالنكاحُ مستمرٌّ، وليس له[١] طَلَبُ المهرِ، وإِنْ أخذه قبل الإسلامِ، لزِمَهُ رَدُّهُ إذا زالتِ الحيلولةُ.

وإنْ لم يُسْلِمْ حَتَّىٰ انقضَتْ عِدَّتُها، نُظِرَ:

إِنْ أخذ المهر قبل الإسلام، لم يُسترجعْ منه، وصار بالقبضِ كالمستهلك في الشركِ، وإِنْ لم يأخذْهُ؛ فإِنْ طالبَتْ به قبل إسلامِهِ، استقرَّ له المهرُ؛ لحُصول الحيلولة بإسلامِها، ومنعنا إِيَّاها منه.

وعن أبي إسحاقَ: أنه لا مهرَ له، والصحيحُ: الأولُ.

وإنْ لم يطالب بها قبلَ إسلامه، فلا شيءَ له؛ لأنَّ الحيلولةَ حصلَتْ بالبينونة باختلافِ الدِّين، ولا مُطالبةَ بالمهرِ بعد البينونة، فلو كانتِ الصورةُ بحالها، ولم يكنْ أَعطاها المهرَ، فلمَّا أسلمَ بعد انقضاء العِدَّةِ أخذت المهرَ بسبب المسيس، فهل يغرم[٢] له ذلكَ؟ فيه احتمالان للإمام، وجعلهما الغزاليُّ وجهَين.

أَرجحُهما: المنعُ، هٰذا إذا كان إسلامُها بعدَ الدخول، فإِنْ جاءَتْ مسلمةً قبل الدخول، وأسلم الزوجُ بعدها، لم يكن له طَلَبُ المهر؛ لأنه أسلمَ بعد البَينونَةِ.

ومنها: لو جاءَ في طلبها غيرُ زوجها، كأبيها، [١١٨٤ / ب] وعشيرتها، لم يغرمْ شيئاً؛ لأن المعتبرَ طلبُ مَنْ كان له ملكُ البُضْعِ، أو طَلَبُ وكيلِهِ ورسولِهِ.

ولو جاءنا الزوجُ، ولم يطلُبْها، لم يغرمْ أيضاً، وينبغي أَنْ يكونَ الطلبُ في العِدَّةِ، فأَمَّا إذا بانت بانقضاءِ العِدَّة، فلا أثَرَ للطلبِ.

ومنها: إذا دخلَتْ كافرة، رَدَدْناها، سواءٌ طلبها زوجُها، أو محارِمُها؛ فإِنْ أسلمَتْ بعد دُخولها، فهو كما لو جاءت مسلمةً في أَنَّا لا نردُّها، وفي غرمِ المهرِ، وقيل: في الغُرْمِ، وجهانِ.

ولو ارتدَّتْ بعد الإسلام، وجاء الزوجُ يطلبُها، نُظِرَ: إِنْ طلبَهَا بعد قَتْلِها، لم

---

(١) في المطبوع: « لها ».

(٢) في المطبوع: « تغرم ».

نغرمْ شيئاً؛ لحصولِ الحيلولة بالقَتْل، وإِنْ طلبَها قبل القَتْلِ، لم نردَّها، لوجوب قَتْلِها، وفي الغُرْمِ وجهانِ.

أصحُّهما: يجبُ؛ لحصولِ الحيلولةِ بالإِسلامِ.

ومنها: لو جاءتنا مُسلمةً، فَجُنَّتْ، أو جاءَتْنا مجنونةً، ثم أفاقَت وأسلمَت، فحكمُها في الردِّ والغُرم حُكْمُ العَوَاقِلِ، وإِنْ جاءَتْ مجنونة تصف الإِسلامَ، أو لا تصفُهُ، وأُخبرَ عنها أنها وصفَتْهُ ولم نعلَمْ، أو وصفَتْهُ قبلَ الجنون أم فيه، أو لم نخبرْ عنها بشيء، لم تردَّ؛ لاحتمالِ الإِسلامِ قبل الجنون، ولا غُرْمَ؛ لاحتمال أنها لم تُسْلِمْ حينئذ، فلا نغرمُ بالشكِّ؛ فإِنْ أفاقَتْ وأقرَّتْ بالإِسلامِ، غرمنا، وإِلاَّ رَدَدْناها ولا غُرْمَ، ولو علمنا أنها لم تَزَلْ مجنونةً، فينبغي أَنْ تُرَدَّ.

ومنها: إذا جاءت صبية مميزة، وهي تصفُ الإِسلامَ، لا نردُّها؛ لأنَّا وإِنْ لم نصحِّحْ إِسلامها فنتوقَّعُهُ، فيحتاطُ لحُرمة الكلمةِ، وقيل: تُرَدُّ، والصحيحُ: الأول، ولا غرمَ في الحالِ على الأصحِّ، وقيل: الأظهر، كالمجنونة، فإِنْ بَلَغَتْ، ووصفَتِ الكفرَ، رَدَدْناها، وإِنْ وَصَفَتِ الإِسلام، غرمنا.

ومنها: لو جاءَت رقيقةٌ منهم مُسلمةً، فلا تُرَدُّ على سَيِّدها، ولا زوجِها، ويحكمُ بعتقها إِنْ فارقتهم، ثم أسلمَتْ؛ لأنها إذا جاءت مُرَاغِمَةً لهم، ملكَتْ نفسها بالقهر، فَتَعْتِقُ، كعبدٍ قَهَرَ سيدَه الحربيَّ؛ فإِنه يصيرُ حُرّاً، وهل يغرمُ لسيدِها قيمتها مِنْ سهمِ المصالِح إذا جاء يطلبُها؟ فيه طريقان.

المذهب: أنه على القولين.

والثاني: لا غُرْمَ قطعاً؛ لأن الحيلولةَ حَصَلَتْ بالعتقِ والقهر قبل الإِسلامِ، ومَنْ قال بالمذهب، قال: المانعُ هو الإِسلامُ؛ فإِنها لو كانت حُرَّةً كافرة لم تمنعْ مِنْ زوجها[1]، ولو أسلمَتْ، ثم فارقتهم، وهاجرت مسلمةً، فقال البغويُّ: لا تصيرُ حُرَّةً؛ لأنهم في أمانِنا، وأموالُهم محرَّمَةٌ علينا، فلا يزولُ الملكُ عنها بالهجرةِ، بخلاف ما إذا هاجَرَتْ، ثم أسلمَتْ؛ لأن الهُدْنة لا توجِبُ أمانَ بعضِهم من بعض، فملكَتْ نفسَها بالقهر، ولم يتعرَّضْ جماعةٌ لهذا التفصيل، وأطلقوا الحكمَ بالعِتق،

(١) في المطبوع: « لم يمنع زوجها ».



ويجوزُ أَنْ يؤخذَ به؛ لأن الهدنةَ جرَتْ معنا، لا معها، كما سنذكره إِنْ شاءَ ٱللهُ تعالىٰ في الرجل إذا جاءَنا مُسلماً، ورَدَدْناه، أَنَّ له التعرُّضَ لهم. ثم قال الشيخُ أبو إسحاقَ: لا تردُّ إلىٰ سيدها؛ لإسلامها وشِرْكِهِ، ولـٰكن نغرمُ له قيمتها، كما لو غَصِبَ منهم مالٌ، وتَلِفَ.

واعترض صاحب « البيان » وقال: الذي يقتضيه المذهب؛ أَنَّا لا نغرمُ القيمةَ، ونأمره[1] بإزالة المِلك عنها، كأمَةِ كافِرٍ، أسلمَت[2]، ونعودُ إلىٰ هـٰذا الكلامِ والتفصيل إِنْ شاءَ ٱللهُ تعالىٰ.

وإذا كانت الأمَةُ [١١٨٥ / أ] مزوَّجَةً، ففي غرمِ المهرِ القولانِ؛ فإنْ قلنا بغرامَةِ المهرِ والقيمةِ، نُظِرَ:

إِنْ حَضَرَ الزوجُ والسيدُ معاً، أخذَ كُلُّ واحدٍ حقَّه، وإِنْ جاء أحدُهما فقط فثلاثةُ أوجُهٍ.

أصحُّها[3]: نغرمُ حَقَّ الطالبِ.

والثاني: لا نغرمُ شيئاً؛ لأن حَقَّ الردِّ مشترك، ولم يَتِمَّ الطلَبُ.

والثالث: نغرمُ للسيد إِنِ انفردَ بالطلَبِ، ولا نغرمُ للزوج؛ لأَن حَقَّ الردِّ في المزوَّجة للسيد آكَد، ألا ترىٰ أنه يسافِرُ بها بخلاف الزوج ؟ ! فإنْ كان زوجُ الأمَةِ عبداً، فلها خيارُ الفسخِ إذا عَتَقَتْ، فإِنْ فسختِ النكاحَ، لم نغرم المهرَ؛ لأن الحيلولةَ حصلَتْ بالفسخ، وإِنْ لم تفسَخْ وأوجَبْنا غرمَ المهرِ، فلا بُدَّ من حضورِ الزوجِ والسيدِ جميعاً، وطلب الزوج المرأةَ، والسيد المهرَ، فإنِ انفردَ أحدُهما، لم نغرمْ؛ لأن البُضْعَ غيرُ مملوكٍ للسيد، والمهر غير مملوكٍ للعبد.

ومنها: إنما نغرمُ إذا طلبها الزوجُ فمنَعْناها بسببِ الإسلام، أَمَّا إذا مات قبل الطلب، فلا غُرْمَ، وكذا لو مات الزوجُ قبل أَنْ يطلبَها مِنَّا وإِنْ كان قد دخل دارَ الإسلام، ولو ماتَ أحدُهما بعد الطلَبِ والمنعِ، لم يَسْقُطِ الغرمُ، فإِنْ كان هو الميتَ، صُرِفَ المهرُ إلىٰ ورثته، وإِنْ قُتِلَتْ قبل الطلب، فلا غُرْمَ، كما لو ماتَتْ،

---

(١) في المطبوع: « ويأمره ».
(٢) انظر: (البيان: ١٢ / ٣٢٢).
(٣) في المطبوع: « أصحهما ».



وإنْ قُتِلت بعدَه، ثَبَتَ الغُرْمُ.

ثم نقل الإمامُ[1] أنه يكونُ علىٰ القاتل؛ لأَنَّه المانعُ بالقَتْلِ، ورأىٰ أَنْ يُفَصِّلَ فيقال: إنْ قتلَها علىٰ الاتصالِ بالطلبِ، فالحكمُ ما ذكروه، وإنْ تأخَّرَ القتلُ، فقد استقرَّ الغرمُ علينا بالمنع، فلا أثَرَ للقتل بعدَه، وفي الحالتين لا حَقَّ للزوج فيما علىٰ القاتل مِنْ قِصَاصٍ ودِيَةٍ؛ لأنه لا يرثُها.

ولو جرحَها شخصٌ قبلَ الطلبِ، ثُمَّ طلبَها الزوجُ، وقد انتهَتْ إلىٰ حركةِ المذبوحين، فهو كالطلَبِ بعد الموتِ. وإنْ بقيت فيها حياةٌ مستقرّةٌ، فهل الغُرْمُ علىٰ الجارحِ، أَمْ في بيتِ المالِ؛ لأن المنعَ في الحياة ؟ وجهانِ.

أصحُّهما: الثاني.

ولا يسقط الغرمُ، بأَنْ يطلِّقها بعد طَلَبِها، وأمَّا قبلَه؛ فإنْ خالَعَها، أو طلَّقها طلاقاً بائناً، فلا غُرْمَ؛ لأنه ترك باختياره، قال الرُّوْيَانِيُّ: وكذا لو ملَكَها أَنْ تطلقَ نفسَها علىٰ الفور. وقد يلائمُ هـٰذه القاعدة أَنْ يقالَ: يشترطُ كونُ الطلَبِ علىٰ الفور.

وإنْ طلَّقها رجعيّاً، أو طلَّقها، فأسلمَتْ وهي في عِدَّة الرجعيَّة، ثم جاء الزوجُ يطلبُها، فالصحيحُ المنصوص أَنَّا إنما نغرمُ له إذا راجعها، لظُهور قصدِ الإمساكِ بالرجعة، وإنْ كانت رجعةُ الكافرِ المسلمةَ لا تصحُّ.

قال الإمامُ[2]: وخَرَّجَ المحقِّقون قولاً؛ أنه يستحقُّ المهر بمجرَّد الطلب، بلا رجعةٍ؛ لأنها فاسِدة، فلا معنىٰ لاشتراطها.

فَرْعٌ: جميعُ ما ذكرناه هو في رَدّ النساءِ الحرائِر، أَمَّا الإماءُ والصِّبْيانُ والمجانينُ، فلا يردُّون لضعفِهم، ولا يجوزُ الصلحُ بشرطِ رَدِّهم، ولا غُرْمَ في تركِ ردِّهم، كما في غيرِ ذواتِ الأزواج، فإذا بلغَ الصبيُّ، وأفاقَ المجنونُ، فإنْ وَصَفَا الإسلامَ، فذاكَ، وإنْ وصَفَا كُفْراً لا يُقَرُّ أهلُهُ عليه، فإمَّا أَنْ يُسْلِما، وإمَّا أن يُرَدَّا إلىٰ مَأْمَنِهما. وإنْ وصفَا كُفراً يُقَرُّ أهلُهُ [عليه][3]، فإمَّا أَنْ يُسلما، وإمَّا أَنْ يَقبَلا الجزيةَ، وإمَّا أَنْ يردَّا إلىٰ مَأْمَنِهما.

---

(١) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٨٨).

(٢) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٩١).

(٣) ما بين حاصرتين من (أ).

وأمَّا الذكورُ البالغونَ العقلاءُ، فنقلَ [١١٨٥ / ب] الإمامُ[١] في رَدِّ العبدِ وجهَين.

الصحيحُ الذي ذكره الجمهورُ: لا يُرَدُّ؛ لأنه جاء مسلماً مُرَاغِماً لهم، والظاهرُ أنهم يسترقُّونه، ويُهينونه، ولا عَشِيرةَ له تَحميه.

والثاني: يُرَدُّ، والمنعُ في النساء لخوفِ الفاحِشَةِ.

وهل يَعْتِقُ العبدُ الذي جاء مُسْلِماً؟ قال في « الحاوي »: إِنْ غَلَبَهم علىٰ نفسِه، ثم أسلمَ، وهاجَرَ، عَتَقَ؛ لأنَّ الهُدنةَ لا توجبُ أمانَ بعضِهم من بعضٍ.

وإنْ أسلمَ، ثم غلَبَهم علىٰ نفسِه، وجاءَنا، نُظِرَ:

إنْ فعلَ ذٰلك قبل أَنْ هادَنَّاهم، فكذلكَ؛ لأنه غلبَ في حال الإباحة، وإِنْ فعله بعدَ الهُدنة، لم يَعْتِقْ؛ لأنَّ أموالَهم مُحَرَّمة حينئذ، لا يملكُها بالقهر.

ثم لا يُرَدُّ إلىٰ السيِّدِ، وإِنْ لم يَعْتِقْ، ولا يمكن من استرقاقِهِ، فإِنْ أعتَقَه وإِلَّا باعَه الإمامُ لمسلمٍ، أو دَفَعَ قيمتَه من بيت المال، وأعتقَهُ عن المسلمين كافَّةً، وولاؤُه لهم.

وأمَّا الحُرُّ؛ فإِنْ لم تكن له عشيرةٌ وغلبَ علىٰ الظن أنه يُذَلُّ ويُهانُ، ففي رَدِّه طريقان.

الصحيح: طَرْدُ القولين[٢] في رَدِّ العبد.

والثاني: يُرَدُّ قطعاً؛ لأن الحريةَ في الجملة، مَظِنَّةُ القُدرة، فإن قلنا: يُرَدُّ، قال الإمامُ[٣]: لا يبعدُ أَنْ يقال: علىٰ الإمام أَنْ يشرطَ عليهم أَنْ لا يُهينوا المسلمَ المردودَ، فإِنْ أهانُوه، كانوا ناقِضينَ للعهد.

وإنْ كان للحُرِّ عشيرةٌ، وطلبَتْهُ، رُدَّ كما رَدَّ النبيُّ ﷺ أبا جَنْدَلٍ[٤]، رضي ٱلله

---

(١) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٩٥).

(٢) في (أ)، وهامش (ظ)، وفي المطبوع: « الوجهين »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١١ / ٥٧٣).

(٣) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٩٥).

(٤) أخرجه (البخاري: ٢٧٣١، ٢٧٣٢) من حديث المِسْوَر بن مَخْرَمَةَ، ومروان بن الحكم، وانظر: =

عنه[1] على أبيه[2] سُهَيْلِ بْنِ عَمْرٍو[3]؛ لأنَّ الظاهِر أنهم يَحْمونَهُ، وأمَّا كونُ عشيرته تُؤذيه بالتقييدِ ونحوِهِ، فلا اعتبارَ به؛ فإنهم يفعلونَهُ؛ تأديباً في زعمهم.

وإنْ طلَبهُ غَيْرُ[4] عشيرتِهِ، لم يُرَدَّ إلاَّ إذا كان الطالِب مِمَّنْ يَقْدِرُ المطلوبُ على قهْرِهِ، والإفلاتِ منه، وعلى هذا حُمِلَ رَدُّ النبيِّ ﷺ أبا بَصِيرٍ[5]، رضيَ ٱللهُ عنهُ[6].

وإنْ لم يطلبْهُ أحَدٌ، فلا رَدَّ، كما لا غُرْمَ إذا لم يطلُبْ أحَدٌ المرأةَ.

قال الأصحاب: ومعنى الرَّدِّ: أنه لا يُمنعُ[7] من الرجوع، ويُخَلَّى بينَه وبينَ مَنْ يطلُبُهُ، لا أنه يُجْبَرُ على الرجوع، وهذا معنى رَدِّ النبيِّ ﷺ أَبا جَنْدَلٍ، وأبا بَصِيرٍ، رضيَ ٱللهُ عنهما ولا يبعدُ تسميةُ التخليةِ رَدّاً كما في رَدِّ الوديعةِ.

ولو شرطَ الإمامُ في الهُدنة أَنْ يبعثَ إليهم مَنْ جاءه مسلماً، فمن الأصحاب مَنْ

= حديث البراء بن عازب في البخاري أيضاً برقم (٢٧٠٠).

(١) أبو جندلٍ: بفتح الجيم وإسكان النون: هو ابن سُهيْل بن عَمرٍو. قال الزبير بن بكار: اسم أبي جَنْدلٍ: العاصُ. أسلم أبو جندل بمكة، فحبسه أبوه، وقيَّده، فهرب يوم الحديبية إلى رسول ٱلله ﷺ وردَّ إليهم بسبب العهد الذي جرى، ثم هربَ، والتحق بأبي بصيرٍ ورُفقته، وأقاموا بسِيف البحر في مكانٍ يسمَّى العيص. ولم يزلْ أبو جندلٍ وأبوه سُهيل بن عَمرٍو مجاهدين بالشام حتَّى توفيا. قال الذهبي: توفي أبو جندل شهيداً في طاعون عمواس بالأردن سنة (١٨ هـ). انظر ترجمته في (تهذيب الأسماء واللغات: ٢ / ٤٣٧ ـ ٤٣٨).

(٢) كلمة: « أبيه »، ساقطة من المطبوع.

(٣) هو أبو يزيد، سُهيل بن عمرٍو القرشي، من لُؤيّ، خطيب قريشٍ، وأحد سادتها في الجاهلية، أسره المسلمون يوم بدر، وعلى يديه انبرمَ الصلحُ يوم الحديبية، ثم أسلم يوم الفتح. قال سعيدُ بن مسلم: لم يكن أحدٌ من كبراء قريشٍ الذين أسلموا يوم الفتح أكثر صلاةً، وصوماً، وصدقةً، واشتغالاً بما ينفعه في الآخرة من سُهيل بن عمرو، وكان كثير البكاء، رقيقاً عند قراءة القرآن. سكن مكة، ثم سكن المدينةَ، وخرج بأهل بيته إلى الشام مجاهداً فاستشهد باليرموك، وقيل: بمرج الصُّفَّر، وقيل: توفي في طاعون عمواس سنة (١٨ هـ). انظر ترجمته في (تهذيب الأسماء واللغات: ١ / ٥٦١ ـ ٥٦٣).

(٤) في المطبوع: « عين »، تحريف.

(٥) هو طرفٌ من حديث صلح الحديبية. أخرجه (البخاري: ٢٧٣١، ٢٧٣٢) من حديث المِسْوَرِ بن مَخْرَمَةَ، ومروان بن الحكم.

(٦) أبو بصير: بفتح الباء الموحَّدة، وكسر الصاد المهملة، اسمه: عُتبة بن أَسِيد الثقفي. توفي بسِيف البحر، بعد صلح الحديبية، وقبل فتح مكة، وصلَّى عليه أصحابُهُ، أبو جندلٍ، والباقون. انظر ترجمته في (تهذيب الأسماء واللغات: ٢ / ٣٨٧ ـ ٣٨٨).

(٧) في المطبوع: « لا منع ».

قال: يجبُ الوفاءُ بشرطِهِ، ومُقتضىٰ هـٰذا: أَنْ لا يعتبرَ الطلب، ونقل الرُّوْيَانِيُّ عن النصِّ؛ أنه يفسدُ العقدُ بهـٰذا الشرط، وذكر أنهم لو طلبوا مَنْ جاء منهم، وهو مُقيم علىٰ كفره، مَكَّنَّاهم منه، وأنهم لو كانوا شَرطوا أن يقومَ بردِّه عليهم، وفَّينا بالشرط، ولا يجبُ علىٰ المطلوب أَن يرجعَ إليهم، ولذٰلك لم ينكرِ النبيُّ ﷺ علىٰ أبي بصيرٍ رضيَ ٱللهُ عنه امتناعَه؛ فإنِ اختارَ الإقامةَ في دارِ الإسلام، لم يمنعْ، ويقولُ الإمامُ للطالِب: لا أمنعكَ منه، إنْ قَدَرْتَ عليه، ولا أُعينك إن لم تَقْدِرْ.

وعن النصِّ: أنه يستحبُّ أَنْ يقولَ للمطلوب سِرّاً: لا تَرْجِعْ، وإنْ رجعْت فاهْرُبْ إذا قَدَرْتَ، وللمطلوبِ أَنْ يقتلَ الطالِبَ، ولنا أَنْ نُرشِدَهُ إلىٰ قَتْلهِ تعريضاً، لا تصريحاً؛ لأنَّ الإمامَ إنما التزمَ بالهُدْنة أَنْ يمتنعَ عنهم، ويمنعَ الذين يعادونهم، وهم المسلمونَ يومَئذٍ، فأمَّا مَنْ أَسْلَمَ بَعْدُ، فلم يشرط[1] علىٰ نفسِهِ، ولا تناوَلَهُ شرطُ الإمامِ؛ لأنَّه ليس في قَبضته، [١١٨٦ / أ] وفيه احتمالٌ للإمام[2] أنه ليس له التعرُّضُ لمن عصمَ الإمامُ دمَه ومالَه؛ ولهـٰذا: مَنْ جاءنا مُسلماً ولم يُطْلَبْ، يلزمُهُ بعقدِ الهُدنة ما لَزِمَنَا.

فَرْعٌ: عن « البَحْرِ »: كافر تحتَه عَشْرُ نسوةٍ، أَسْلَمْنَ، وهاجَرْن، وجاء يطلبُهُنَّ، يؤمَرُ باختيارِ أربَعٍ، ويُعطىٰ مهورهنَّ علىٰ قولِ غرامةِ المهْرِ.

والمستولَدَة إذا جاءت مُسلمةً، كالأمَةِ، والمكاتَبَةُ إنِ اقتضىٰ الحالُ عِتْقَها كذٰلك، وتَبْطُلُ الكتابةُ وإلاَّ فهي علىٰ كتابتها؛ فإنْ أَدَّتْ، عَتَقَتْ، وللسيِّدِ الولاءُ، وإنْ عجزت، ورَقَّتْ حُسِبَ ما أخذَ من مالِ الكتابة بعد إسلامِها مِنْ ضمانِها، ولا يحسبُ منه ما أخذَ قبل الإسلام؛ فإنْ بلغَ المحسوبُ عليه قَدْرَ القيمة، فقد استوفىٰ حقَّه، وعَتَقَتْ، وولاؤُها للمسلمينَ، وهل يردُّ عليها من بيتِ المالِ؟ قولانِ؛ بناءً علىٰ أَنَّا هل نغرمُ للسيد قيمةَ الأمَةِ؟ وإنْ كان المؤدَّىٰ أكثرَ من القيمة، لم يسترجعِ الفاضِل مِنْ سيِّدها، وإنْ كان أقلَّ، فللسيدِ تمامُ القيمة، ويكونُ ذلكَ من بيتِ المالِ.

فَصْلٌ: إذا عقدَ الهُدْنة بشرط أَنْ يردُّوا مَنْ جاءهم مِنَّا مُرتدّاً، ويُسلموه إلينا،

---

(١) في المطبوع: « يشترط ».
(٢) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٩٦).

لزمَهُم الوفاءُ؛ فإنِ امتنعوا، كانوا ناقضِينَ للعهدِ؛ فإنْ عقدَتْ بشرط أَنْ لا يردُّوا مَنْ جاءهم، ففي جوازِه قولانِ.

أظهرُهما، وأشهرُهما: الجوازُ.

والثاني: المنعُ؛ بل لا بُدَّ مِنِ استردادِهِ لإقامةِ حُكْمِ المرتدِّين عليه.

وقال الماوَرْدِيُّ: الصحيحُ عندي: صحَّةُ الشرطِ في الرجالِ، دون النساء؛ لأنَّ الأبْضَاع يُحتاطُ لها.

ويحرمُ علىٰ الكافر مِنَ المرتدَّة ما يحرمُ من المسلمةِ، وربَّما حاولَ تنزيلَ القولَين علىٰ الصنفَين؛ فإنْ أبْطَلْنا الشرطَ وأوجَبْنا الردَّ، فالذي عليهمُ التمكينُ والتخليةُ دون التسليمِ. وكذا الحكمُ لو جرتِ المهادنَةُ مُطلقاً من غير تعرُّضٍ لردِّ المرتدِّ، وحيث لا يلزمُهم التمكينُ والتسليمُ، يلزمُهُمْ مَهْرُ مَنِ ارتدَّ مِنْ نساءِ المسلمينَ، وقيمةُ مَنِ ارتدَّ من رقيقهم، ولا يلزمُهُمْ غرمُ مَنِ ارتدَّ من الرجالِ الأحرارِ.

ولو عادَ المرتدُّون إلينا، لم نَرُدَّ المهورَ، ونردُّ القِيَمَ؛ لأنَّ الرقيقَ بدَفْعِ القيمةِ يصيرُ مِلْكاً لهم، والنساءُ لا يَصِرْن زوجاتٍ، وحيث يجبُ التمكينُ دونَ التسليمِ فَمكّنوا(١)، فلا غُرْمَ عليهم، سواءٌ وصَلْنا إلىٰ المطلوبين، أم لا.

وحيثُ يجبُ التسليمُ يطالبهم به عندَ الإمكان؛ فإنْ فات التسليمُ بالموت، لزمَهُم الغُرْمُ، وإنْ هربوا، نُظِرَ:

إنْ هربوا قبلَ القُدرة علىٰ التسليم، فلا غُرْمَ، وبعدها يجبُ الغُرْمُ.

وإذا قلنا: لا تُسْتَرَدُّ المرتدَّة، غرمَ الإمامُ لزوجها ما أنفقَ مِنْ صَدَاقها؛ لأنا بعقد الهُدنة حُلْنا بينَه وبينَها، ولولاه، لقاتَلْناهم حتَّىٰ يردُّوها، وإنْ قلنا: تُسْتَرَدُّ، فتعذَّر ذٰلك، فقال الغزاليُّ: نغرمُ له أيضاً، ويشبهُ أَنْ يكون الغُرْمُ لزوجِ المرتدَّة مُفَرَّعاً علىٰ الغُرْمِ لزوجِ المسلمةِ المهاجِرة، ولم أره مُصَرَّحاً به، وقد يشعرُ كلامُ الغزاليِّ بخلافه.

ثم لو جاءَتهم امرأةٌ منَّا مرتدَّةً، وهاجرَتْ إلينا امرأةٌ منهم مسلمةً، وطلبها زوجُها، فلا نغرمُ له المهرَ؛ بل نقولُ: هٰذه بهٰذه، ويجعلُ المَهْرَين قِصَاصاً، ويدفعُ

(١) في المطبوع: «تمكَّنوا».

الإمامُ المهرَ إلىٰ زوج المرتدَّة، ويكتبُ إلىٰ زعيمهم، ليدفَعَ مهرَها إلىٰ زوج المهاجِرة، هـٰذا إنْ تساوىٰ [١١٨٦ / ب] القَدْرَانِ، فإنْ كان مَهْرُ المهاجِرة أكثرَ، صَرَفْنا مقدارَ مهرِ المرتدَّة منه إلىٰ زوجها، والباقي إلىٰ زوج[1] المهاجِرة. وإنْ كان مهرُ المرتدَّة أكثرَ، صَرَفْنا مِقْدارَ مَهْرِ المهاجِرة إلىٰ زوجِها، والباقي إلىٰ زوج المرتدَّة، وبهـٰذه المُقَاصَّةِ فَسَّر مفسِّرونَ قولَه تعالىٰ: ﴿ وَإِن فَاتَكُمْ شَيْءٌ مِّنْ أَزْوَٰجِكُمْ إِلَى ٱلْكُفَّارِ فَعَاقَبْتُمْ فَـَٔاتُوا۟ ٱلَّذِينَ ذَهَبَتْ أَزْوَٰجُهُم مِّثْلَ مَآ أَنفَقُوا۟ ﴾ [الممتحنة: ١١].

فَصْلٌ: علىٰ الإمام مَنْعُ مَنْ يَقْصِدُ أهلَ الهُدنة من المسلمينَ، والذمِّيين، وليس عليه مَنْعُ الحربيِّين، ولا مَنْعُ بعضِهم مِنْ بعضٍ؛ لأنَّ الهُدْنَةَ لمجرَّدِ الكَفِّ، لا للحفظِ، بخلافِ الذمَّة.

ولو أتلفَ مسلمٌ، أو ذميٌّ علىٰ مهادَنٍ نَفساً، أو مالاً، ضَمِنَهُ، وإنْ قَذَفَهُ عُزِّرَ، وعليهم بإتلافِ مالِ المسلمِ الضمانُ، وبقتلِهِ القِصَاصُ، وبالقذفِ الحَدُّ.

ولو أغارَ أهلُ الحرب عليهم، ثُمَّ ظفرَ الإمام بأهلِ الحربِ، فاستنقذَ منهم أموالَ أهلِ الهُدنة، لزمَهُ رَدُّها إليهم.

وفي إقامةِ حَدِّ السرقةِ، والزِّنىٰ علىٰ المعاهَد، وانتقاض عهدِهِ بالسرقة خلافٌ، سبقَ في آخر الباب الأول من « كتاب السرقةِ ». وبٱللهِ التوفيقُ.

كتابُ الصَّيدِ والذبائحِ، والضَّحَايا، والعَقِيقةِ، والأطعمةِ. هـٰذه الكتُبُ تقدَّمَتْ في آخِرِ العباداتِ.

✍ ✍ ✍

(١) كلمة: « زوج »، ساقطة من المطبوع.



٧٢ ـ كِتَابُ السَّبْقِ [١] والرَّمْيِ وهو المُنَاضَلَةُ [٢]

المسابَقة، والمُناضَلَةُ جائِزتان؛ بل سُنَّتان إذا قصدَ بهما التأهّب للجهادِ.

قلتُ: يُكْرَهُ لمن عَلِمَ الرميَ تَرْكُهُ كراهَةً شديدةً، ففي « صحيح مسلم » عن عُقْبَة [٣]، رضيَ اللهُ عنه؛ أَنَّ رسولَ اللهِ ﷺ، قال: « **مَنْ عَلِمَ الرَّمْيَ، ثُمَّ تَرَكَهُ، فليسَ مِنَّا، أو قَدْ عَصَىٰ** » [٤]. **واللهُ أعلمُ.**

ويجوزُ شرطُ المال في المسابقة، والمناضلة.

وفي الكتاب بابانِ: بابٌ في السَّبْقِ، وبابٌ في الرَّمْيِ، وقد تدخلُ مسائِلُ أَحدِهما في الآخَرِ؛ لتقارُبهما.

✍ ✍ ✍

---

(١) **السَّبْق**: بفتح السين المهملة وسكون الباء الموحدة، وهو يطلق علىٰ الاستباق بالخيل، وبالسهام. وقوله تعالىٰ: ﴿إِنَّا ذَهَبْنَا نَسْتَبِقُ﴾ [يوسف: ١٧]، قيل: معناه: ننتضل بالسهام، وقيل: نجري علىٰ الأقدام. انظر: (تهذيب الأسماء واللغات: ٣ / ٢٥٥ ـ ٢٥٦)، و(النجم الوهّاج: ٩ / ٥٨٣)، و(سبل السلام ص: ١٢٨٥)، و(الموسوعة الفقهية: ٢٤ / ١٢٣).

(٢) **المناضلةُ**: المُغالبة في رمي السِّهام علىٰ وجْهٍ مخصوص. قال الشاعرُ[الطويل]:

ألا رُبَّ يــوم لــو رمتنــي رميتهــا ... ولكــن عهــدي بــالنضــال قــريــبُ

يقال: ناضلَ زيدٌ عَمْراً؛ أي: راماه (النجم الوهّاج: ٩ / ٥٨٣)، وانظر: (الموسوعة الفقهية: ٢٤ / ١٣١).

(٣) **عُقبة**: هو ابن عامر الجهني. سلفت ترجمته.

(٤) أخرجه: (مسلم: ١٩١٩).



البابُ الأَوَّلُ
في السَّبْقِ

وفيه طرفانِ

الأولُ: في شروطه، وهي عَشَرَةٌ:

الأول: أَنْ يكون المعقودُ عليه عدّةً للقتال؛ لأن المقصودَ منه التأهُّبُ للقتال، ولهذا قال الصَّيْمَريُّ(١): لا يجوزُ السَّبقُ والرميُ من النساءِ؛ لأنهن لَسْنَ أهلاً للحرب.

ثم الأصلُ في السَّبقِ الخيلُ والإبلُ؛ لأنها التي يقاتَلُ عليها غالباً، وتصلُحُ للكَرِّ والفَرِّ بصفةِ الكَمَال.

وتجوزُ المسابقة على الفِيل، والبَغْلِ، والحمار على المذهب.

وقيل: بالمنعِ فيها.

وقيل: بالمنع في البغلِ والحِمار.

وقيل: في الجميعِ خلافٌ.

وأمَّا المناضَلة فتجوزُ على السهامِ العربيّةِ(٢)، والعجميّة، وهي النُّشَّابُ، وعلى جميعِ أنواعِ القِسِيِّ، حتَّىٰ تجوز على الرَّمي بالمَسَلَّاتِ(٣)، والإِبَرِ.

---

(١) هو أبو القاسم، عبد الواحد بن الحُسين الصَّيْمريُّ. سلفت ترجمته.

(٢) **السِّهام العربية:** وهي النَّبل (النجم الوهَّاج: ٩ / ٥٨٥).

(٣) **المَسَلَّات:** المِسَلَّةُ، بكسر الميم: مِخيطٌ كبير (المصباح: س ل ل).

وفي المَزَارِيقِ[١]، والزَّاناتِ[٢]، ورمْي الحِجارة باليدِ، وبالمِقْلاع، والمَنْجنيق طريقان.

أحدُهما: الجوازُ.

والثاني: وجهانِ. أصحُّهما: الجوازُ.

ولا تجوز المسابقة بإشالةِ الحَجَر باليدِ على المذهب، وبه قطع الأكثرونَ.

وقيل: وجهانِ.

وأمَّا مُراماةُ الأحجارِ [١١٨٧ / أ]، وهي أن يرميَ كُلُّ واحدٍ الحَجَرَ إلى صاحِبه، فباطِلَةٌ قطعاً[٣].

وأمَّا المسابقةَ على التردُّدِ بالسيوفِ والرِّماحِ، فقيل بمنعِها؛ لأنها لا تفارِقُ صاحبَها، والأصَحُّ[٤] الجوازُ، لأنها من أعظم عُدَدِ القتالِ، واستعمالُها يحتاج إلى تعلُّم وتحذقٍ.

والمسابقةُ على الحَمَامِ، وغيرِه من الطُّيُورِ، وعلى الأقدامِ، والسباحة في الماء، والطَّيَّارات[٥]، والزَّوارق[٦]، ....

---

(١) **المَزَاريق**: الرماح الصغار (النجم الوهّاج: ٩ / ٥٨٥)، وانظر: (المصباح: ز ر ق)، و(المعجم الوسيط: ١ / ٤٠٧).

(٢) في المطبوع: « الرَّانات » تصحيف، قال المصنف في (تهذيب الأسماء واللغات: ٣ / ٢٤٤): « الزَّانات: هي بالزاي والنون، وهي نوعٌ من الحِراب تكون مع الدَّيْلَم، رأسُها دقيق، وحديدتُها عريضة »، وانظر: (المصباح: ز و ن)، و(المعجم الوسيط: ١ / ٤٢٣)، و(نهاية المطلب: ١٨ / ٢٣١).

(٣) كلمة: « قطعاً »، ساقطة من المطبوع.

(٤) في المطبوع: « وإلاَّ يصح »، خطأ.

(٥) **الطَّيَّارات**: ضربٌ من السفن. جاء في حاشية (سير أعلام النبلاء: ١٤ / ٥٣): « الطيَّارُ: نوعٌ من الزوارق، يدل اسمه على أنه سريعُ الجريانِ. قال جحظة البرمكيُّ، يعاتبُ وزيراً:

قــل للـوزيـر أدامَ ٱللهُ دولتـه ... اذكـر منـادمتـي والخبـزُ خشكـارُ
إذْ ليـس بـالبـاب بِـرْذَوْنٌ لـدولتكـم ... ولا غـلامٌ ولا فـي الشَّـطِّ طَيَّـارُ

انظر: (تجارب الأمم: ١ / ٢٦٨)، وما كتبه أحمد تيمور في مجلة (المجمع العلمي العربي: م ٢ / ج ١١ ».

(٦) **الزوارق**: جمع زورق: القاربُ يدفع بالمجاديف، أو بالآلة (المعجم الوسيط: ١ / ٤٠٧).

والصِّرَاعِ[١]، فجائزة بلا عِوضٍ، والأصحُّ منعها[٢] بالعوَض؛ فإنْ جوَّزْنا الصِّراعَ؛ ففي المُشَابكَةِ باليدِ، وجهانِ.

ولا تجوزُ علىٰ مُنَاطحةِ الشياهِ، ومُهَارَشةِ الدِّيَكة، لا بعوَضٍ، ولا بغيرِهِ.

فَرْعٌ: لا يجوزُ عقدُ المسابقة علىٰ ما لا ينتفعُ به في الحربِ، كاللَّعِب بالشَّطْرَنْجِ[٣]، والخاتَمِ، والصَّوْلَجانِ[٤]، ورَمي البُنْدُقِ[٥]، والجُلاَهِقِ[٦]، والوقوفِ علىٰ رِجْلٍ واحدةٍ، ومعرفةِ ما في اليد من شَفعٍ ووِتْرٍ، وسائِرِ أنواع اللعِبِ.

وأَمَّا المَقْلُ في الماءِ[٧]، فقال الشيخ إبراهيمُ[٨] المَرُّوْذِي[٩]: إنْ جرتِ العادةُ بالاستعانةِ به في الحرب، فهو كالسباحةِ، وإلاَّ، فلا تجوزُ المسابقةُ عليه.

قلتُ: لا تجوزُ المسابقةُ علىٰ البَقَر علىٰ المذهب.

وقيل: وجهانِ، حكاه الدَّارِميُّ[١٠]، قال: والذي تجوزُ المسابقةُ عليه من الخيلِ، قيل: ما يُسْهَمُ له، وهو الجَذَعُ[١١]، أو الثَّنِيُّ[١٢]، وقيل: وإنْ كان صغيراً.

قال: ولا تجوزُ علىٰ الكَلْبِ. **واللهُ أعلمُ**.

---

(١) **الصِّراع**: بكسر الصاد: المصارعة (النجم الوهَّاج: ٩ / ٥٨٩).

(٢) في المطبوع: «منها»، خطأ.

(٣) **الشّطرنج**: بكسر أوله وفتحه، مُعجماً ومهملاً (إعانة الطالبين: ٤ / ٥١٠)، وانظر: (المصباح: ش ط ر)، و(المعجم الوسيط: ١ / ٥٠٢)، و(النظم المستعذب: ٢ / ٣٢٥).

(٤) **الصَّوْلجان**: عَصاً محنيَّةُ الرأس، تضربُ بها الكُرَةُ ـ بضم الكاف وتخفيف الراء ـ علىٰ الدواب، فارسيٌّ معرَّب. انظر: (النجم الوهَّاج: ٩ / ٥٨٦)، و(المعجم الوسيط: ١ / ٥٣٩). و(النظم المستعذب: ١ / ٤١٤).

(٥) **البندق**: ما يُعمل من الطين، ويُرمىٰ به، الواحدة منها: بُنْدُقة، وجمع الجمع: البنادق (المصباح: ب د ق)، وانظر: (المعجم الوسيط: ١ / ٧٣).

(٦) **الجُلاهق**: بضم الجيم، وتخفيف اللام: البندقُ المعمول من الطين يرمىٰ به عن القوس. انظر: (البيان للعمراني: ٨ / ٢٦٠)، و(المصباح: ج ل ه)، و(النجم الوهَّاج: ٩ / ٥٨٦).

(٧) **المقلُ في الماء**: الغَطْسُ فيه. انظر: (المصباح: م ق ل)، و(النجم الوهَّاج: ٩ / ٥٨٦).

(٨) كلمة: «إبراهيم»، ساقطة من المطبوع.

(٩) في المطبوع: «المروزي»، تحريف.

(١٠) هو محمد بن عبد الواحد الدَّارميُّ. سلفت ترجمته.

(١١) **الجَذَع**: من الخيل والبقر: ما استكمل سنتين، ودخل في الثالثة (المعجم الوسيط: ١ / ١١٧).

(١٢) **الثنيُّ**: الذي يلقي ثنيته، يكون من ذوات الظلف والحافر في السنة الثالثة (المصباح: ث ن ي).

الشرطُ الثاني: الإعلامُ، فيشترطُ إعلامُ المَوْقِفِ الذي يَبْدَآنِ بالجري منه، والغاية التي يجريانِ إليها، ويشترطُ تساوي المتسابقَين فيهما، ولو لم يعيِّنا غايةً وشرطَا المالَ لأسبقِهما حيثُ سبقَ، لم يَجُزْ.

ولو عَيَّنا غايةً وشَرَطا أَنَّ السَّبَقَ إِنِ اتفقَ في وسط المَيدان لأحدِهما كان فائزاً، لم يَجُزْ علىٰ الأصحِّ؛ لأنَّا لو اعتبرْنا السبقَ في خلال المَيْدان لاعتبرناهُ بلا غايةٍ مُعيَّنة.

ولو عيَّنا غايةً، وقالا: إِنِ اتفقَ السبقُ عندها فذاكَ، وإلَّا عدينا إلىٰ غاية أخرىٰ اتفقا عليها، جازَ علىٰ الأصحِّ؛ لحصولِ الإعلامِ وكونِ كُلٍّ واحدةٍ من الغايتين معلومة.

فَرْعٌ: يشترطُ كونُ المال معلومَ الجِنسِ والقَدْرِ.

الشرطُ الثالِثُ: أن يشترطَ للسابِق كُلّ المال، أو أكثره، فإذا تسابق اثنانِ، وبذَلَ المالَ غيرُهما؛ فإنْ شرطه للسابق منهما، فذاكَ، وإنْ شرطَهُ للثاني، أو شرطَ له مثلَ الأولِ، لم يَجُزْ، وإنْ شرطَ للثاني أقل مما شرطَ للأول، جازَ علىٰ الأصحِّ.

وإن تسابقَ ثلاثةٌ، وشرطَ باذِلُ المالِ المالَ للأوَّلِ، جازَ، وإنْ شرطه للثاني، أو شرطَ له أكثرَ من الأولِ، لم يَجُزْ علىٰ الأصحِّ، وقيل: يجوزُ؛ لأن ضبطَ الفرسِ في شِدَّةِ عَدْوِه ليقفَ في مقامِ الثاني يحتاجُ إلىٰ حِذْقٍ ومَعرفة، وإنْ شرطَ له مثل ما شرطَ للأول، جاز علىٰ الأصحِّ؛ لأن كلَّ واحدٍ يجتهدُ هنا أن يكون أوَّلاً، وثانياً، وإنْ شرطَ له دونَ ما شرطَ للأول، جاز علىٰ الصحيح، ويُخَرَّجُ من هٰذا الاختلاف في الثلاثةِ أربعةُ أوجُهٍ.

أحدُها: يجوزُ أَنْ يشرطَ الجميع للثاني.

والثاني: لا يجوزُ شرطُ شيء له.

والثالث: يجوزُ له شرطُ [شيءٍ][1] بشرطِ تفضيلِ السابقِ.

والأصحُّ: يجوزُ أَنْ يشرطَ له بحيث لا يفضّلُ علىٰ السابقِ.

وأَمَّا الفِسْكِلُ، بكسرِ الفاءِ، والكافِ، وإسكانِ [١١٨٧ / ب] السِّين المهملة

---

(١) ما بين حاصرتين من (أ).

بينهما، وهو الأخيرُ، فلا يجوز أن يساوىٰ بِمَنْ قبلَه، ويجوزُ أَنْ يشرطَ له دون ما شرطَ لمن قبلَه علىٰ الأصحِّ كما سبق في الاثنينِ. ويقاسُ بها ما إذا تسابَقَ أكثرُ من ثلاثة، حتَّىٰ لو كانوا عَشَرَةً، وشرطَ لكلِّ واحدٍ سوىٰ الفِسْكِلِ مثل المشروط لمن قبله، جازَ علىٰ الأصحِّ، والأحبُّ أَنْ يكونَ المشروطُ لكلِّ واحِدٍ دونَ المشروطِ لمن قبلَه، وفي شرطِ شيءٍ لِلْفِسْكِلِ الوجهانِ. ولو أهملَ بعضهم؛ بأَنْ شرطَ للأول عَشَرَة، وللثالث تسعة، وللرابع ثمانية، فهل يجوزُ ؟ وجهانِ.

أحدهما: لا؛ لأن الرابعَ، والثالثَ يفضلان مَنْ قبلَهما.

والثاني: نَعَمْ، ويقامُ الثالث مقامَ الثاني، والرابعُ مقامَ الثالث، وكأن الثاني لم يكن.

وإذا بَطَلَ المشروطُ في حَقِّ بعضهم، ففي بُطلانه في حَقِّ مَنْ بعدَه وجهانِ، وهٰذان الوجهانِ مع الوجهَين في الإهمالِ مبنيَّان علىٰ أَنَّ مَنْ بَطَلَ السبقُ في حَقِّه هل يستحقُّ علىٰ الباذِل أجرةَ المِثْلِ ؟ وفيه خلافٌ، يأتي إِنْ شاءَ ٱللهُ تعالىٰ، فإِنْ قلنا: لا، بَطَلَ العقدُ في حَقِّ مَنْ بعدَه؛ لئَلَّا يفضلَ مَنْ سبقَهُ، وإِنْ قلنا: نَعَمْ، لم يَبْطُلْ في حَقِّ مَنْ بعدَه، ولا يَضُرُّ كونُ المشروطِ له زائداً علىٰ أجرةِ المِثْلِ؛ لأَنَّ الممتنعَ أَنْ يفضلَ المسبوقُ السابقَ فيما يستحقَّانه بالعَقدِ، وأجرةُ المثلِ غيرُ مستحقَّةٍ بالعقدِ.

واعلم: أَن الصّورَ المذكورةَ وضعوها فيما لو كان باذِلُ المالِ غيرَ المتسابِقين، ويمكنُ فرضُها، أو فرضُ بعضِها فيما لو بذلَه أحدُهما؛ بأَنْ يتسابقَ اثنانِ، ويبذلَ أحدُهما مالاً علىٰ أنه إِنْ سبقَ دفعَ إلىٰ الآخَر منه كذا، وإن سبقَهُ الآخَرُ أمسكَ لنفسه منه كذا.

فَرْعٌ: قال: مَنْ سبقَ فله كذا، فجاءَ المتسابِقون معاً فلا شيءَ لهم.

ولو جاءَ اثنانِ فصاعداً معاً، وتأَخَّرَ الباقون فالمشروطُ للأَولين بالسَّوية.

ولو قال: مَنْ سبقَ، فله دينارٌ، ومَنْ جاء ثانياً، فله نصفُ دينار، فسبقَ واحِدٌ، ثم جاء ثلاثةٌ معاً، ثم الباقونَ، فللسابقِ دينارٌ، وللثلاثة نصفٌ.

وإِنْ سبقَ واحد، ثم جاء الباقونَ، فله دينارٌ، ولهم نصفٌ، وإِنْ جاء الجميعُ معاً، فلا شيءَ لهم.

ولو قال: كُلُّ مَنْ سبقَ، فله دينارٌ، فسبقَ ثلاثةٌ، قال الدَّارِكيُّ: لكلِّ واحدٍ منهم دينارٌ.

الشرطُ الرابع: أَنْ يكون فيهم مُحَلِّلٌ[١]، ومالُ المسابَقة قد يُخْرِجُهُ المتسابقانِ، أو أحدُهما، أو غيرُهما.

الحالةُ الأولىٰ: أَنْ يُخْرِجَهُ غيرُهما، فيجوزُ للإمام أَنْ يخرجَ المالَ من خاصِّ نفسِه، ومن بيتِ المالِ؛ لما فيه من التَّحريضِ علىٰ تعلُّمِ الفروسيَّة، وإعدادِ أسبابِ القتالِ، ويجوزُ للواحِدِ من الرعيَّةِ إخراجُهُ من مالِ نفسِه؛ لأنه بَذْلُ مالٍ في طاعة، ويُثابُ عليه إذا نوىٰ، وسواءٌ تسابقَ اثنانِ، أو أكثرُ، ومَنْ سبقَ، أخذَ المالَ.

الحالةُ الثانيةُ: أَنْ يخرجَه أحدُهما، ويشرط أنَّه إِنْ سبقَ أَحرزَهُ، ولا شيءَ له علىٰ الآخَر، وإن سبقَ الآخَرُ، أخذَه، فيجوزُ.

ولو تسابقَ أكثرُ من اثنينِ، وأخرجَه اثنانِ فصاعِداً، وشرطوا أَنَّ مَنْ سبقَ من المُخْرجينَ لم يُحرِزْ إلَّا ما أخرجَهُ [١١٨٨ / أ] ومَنْ سبقَ مِنْ غيرهم، أخذَ ما أخرجَه المُخْرِجونَ، جاز أيضاً.

الثالثةُ: أَنْ يخرجَه المتسابقانِ، فيقول كُلُّ واحدٍ: إن سبقْتُكَ، فلي عليك كذا، وإِنْ سَبَقْتَني، فلكَ عليَّ كذا، فهٰذا لا يجوزُ؛ لأنه صورةُ قِمارٍ، إلَّا أَنْ يدخِلا بينهما مُحَلِّلاً، وهو ثالِثٌ يشارِكُهما في المسابقة علىٰ أنه إِنْ سبقَ أخذَ ما شرَطاه، وإِنْ سُبِقَ، فلا شيءَ عليه، فيجوزُ؛ لأنه يَخْرُجُ عن صورةِ القِمار.

ثم إِنْ شرطا أَن يختصَّ المُحَلِّلُ بالاستحقاقِ، وإِنْ سبقَ[٢] كُلُّ واحدٍ منهما لا يأخذُ إلَّا ما أخرجَ، فهٰذا جائزٌ بالاتفاق.

وإِنْ شرطَا أَنَّ المحلِّلَ يأخذُ السَّبَقَيْنِ وإِنْ سبقَ أحدُهما أحدَهما، جازَ علىٰ الصحيحِ المنصوصِ، ومنعَه ابْنُ خَيْرانَ، فإذا قلنا بالمنصوص وكان المتسابقونَ مِئةً مثلاً، وليس فيهم إلَّا محلِّل واحد، وشرط أن يأخذَ جميعَ ما أخرجوه إِنْ سبقَ، ولا يغرمُ إِنْ سُبِقَ، وكُلُّ واحدٍ من المتسابِقين إنْ سبقَ، غَنِمَ، وإن سُبِقَ، غرمَ، صحَّ العقدُ والشرطُ.

قال الإمامُ: وهنا أصل آخر وهو أنهما إذا أطلقا شرطَ المالِ للسابِق، فهلِ اللفظُ

---

(١) **المُحَلِّل**: بكسر اللام: من حَلَّلَ الشيء: إذا جعله حلالاً (النجم الوهَّاج: ٩ / ٥٩٣).

(٢) في المطبوع زيادة: « أحدهما »، إقحامٌ، لم تردْ في الأصول الخطية.

للسابِق المُطْلق، أم يتناولُ مَنْ سبقَ غيرَه، وإنْ كان مسبوقاً لغيره ؟ فيه وجهانِ.

الصحيح: الأولُ. ويترتَّبُ علىٰ الأصلَين الحكمُ في صور مجيء المتسابقين، فإذا تسابقَ اثنانِ ومُحَلِّلٌ، نُظِرَ:

إِنْ جاء المُحَلِّلُ، ثم أحدُهما، ثم الفِسْكِلُ، فللمحلِّل ما أخرجَه الآتي بعدَه بلا خلاف، وفيما أخرجه الفِسْكِلُ ثلاثة أوجه.

أصحُّها: أنه للمحلِّلِ أيضاً؛ لأنه السابِقُ المطلقُ.

والثاني: أنه له، وللآتي بعده؛ لأنهما سبقَا الفِسْكِلَ.

والثالث: هو للآتي بعدَه وحْدَه.

ولو سبقَ المحلِّلُ، ثم جاءا معاً، فله السَّبَقانِ بلا خلافٍ.

ولو سبقَ المحلِّلُ مع أحدِهما، فالذي سبقَ مع المحلِّلِ يحرزُ ما أخرجَهُ، وأمَّا ما أخرجَه الآخَرُ، فهو له، وللمحلِّلِ علىٰ الصحيح المنصوصِ، وعند ابْنِ خَيْرانَ للمحلِّلِ خاصَّةً.

ولو سبقَ أحدُهما، ثم جاء الثاني مع المحلِّلِ، أو جاء الثاني، ثم المُحَلِّلُ، أحرزَ السابقُ ما أخرجَه، وله أيضاً ما أخرجَه الآخَرُ علىٰ المنصوص، وعند ابْنِ خَيْرانَ لا يأخذُهُ، ولا شيءَ للمحلِّلِ علىٰ المذهبين.

ولو سبقَ أحدُهما، ثم جاء المحلِّلُ، ثم الآخَرُ، أحرزَ السابقُ ما أخرجَه الآخَرُ؛ فإنْ قلنا بالمنصوص، ففيه أوجُهٌ.

أصحُّها: أنه للسابِق أيضاً.

والثاني: أنه له، وللمحلِّلِ معاً؛ لأنهما سبقا الآخَرَ.

والثالثُ: أنه للمحلِّلِ، وليس بشيء، وإنْ قلنا بقولِ ابْنِ خَيرانَ، فهل هو للمحلِّلِ، أم يحرزهُ مُخْرِجُهُ، ولا يستحقُّهُ المحلِّلُ، ولا السابِقُ ؟ وجهانِ.

ولو سبقا معاً، ثم جاء المُحَلِّلُ، أو جاء الثلاثةُ معاً، لم يأخُذْ واحدٌ منهم مِنْ غيرِه شيئاً، ويجوزُ أَنْ يُدْخِلا بينهما مُحَلِّلين، وأكثرَ، فإذا تسابقَ اثنانِ ومُحَلِّلانِ، فسبقَ أحدُ المُحَلِّلين، ثم جاء أحدُ المتسابقَين، ثم المحلِّلُ الثاني، ثم المتسابقُ الثاني، فما أخرجَهُ المتسابِقُ الأولُ، فللمحلِّلِ الأولِ، وأمَّا ما أخرجَه الآخَرُ؛ فإنْ

قلنا بالمنصوص، فهو للمحلِّل الأولِ أيضاً علىٰ الصحيح؛ لأنه السابقُ المطلقُ، وقيل: هو للمحلِّلين والمتسابق الأول؛ لأنهم جميعاً سبقوا الثاني، وقياسُ [١١٨٨ / ب] الوجهِ الضعيف أنه للمحلِّل الثاني، وإنْ قلنا بقول ابْنِ خَيرانَ، فهو للمحلِّلِ الأول، وقيل: للمحلِّلين.

ولو جاء أوَّلاً أحدُ المتسابقَين، ثم أحَدُ المحلِّلَين، ثم المحلِّلُ الثاني، أحرزَ الأولُ ما أخرجَه، وأمَّا ما أخرجَه الآخَرُ، فإنْ قلنا بالمنصوص، فهو للمتسابِق الأولِ علىٰ الصحيح، وقيل: له وللمحلِّل الأول، وعلىٰ الوجه الضعيف: هو للمحلِّلِ الأول، وعلىٰ قولِ ابن خَيْرانَ: هو للمحلِّلِ الأول، لا غير.

الشرط الخامسُ: أَنْ يكون سبقُ كُلِّ واحدٍ منهما مُمكناً؛ فإنْ كان فرسُ أحدِهما، أو فرسُ المُحلِّل ضعيفاً يقطعُ بتخلُّفه، أو فارِهاً يقطعُ بتقدُّمِهِ، لم يَجُزْ، هٰكذا أطلقَ عامةُ الأصحابِ.

وقال الإمامُ: إنْ أخرجَ أحدُهما المال علىٰ أنه إنْ فازَ، أحرزَ ما أخرجَهُ، وإلَّا فهو لصاحِبِهِ، وكان صاحبُهُ بحيثُ يقطعُ بأنه لا يسبقُ، فهٰذه مُسابقة بلا مالٍ، وإن كان يقطعُ بأنه يسبقُ، ففي صحّة هٰذه المعاملة وجهانِ.

أصحُّهما: الصحةُ، وحاصِلها إخراجُ مالٍ لمن يقطع بأَنه يسبقُهُ، فأشبهَ ما لو قال لرجُلٍ: ارْمِ كذا، فإنْ أصبْتَ منه كذا، فلكَ هٰذا المال.

وإنْ أخرجَ كُلُّ واحدٍ منهما مالاً، وأدخلا مُحَلِّلاً يعلمُ تخلّفه قطعاً، فلا فائدةَ في إدخالِهِ، ويبقىٰ العقدُ علىٰ صورة القمار، فَيَبْطُلُ، وإنْ تيقّنَ سبقه، ففيه الوجهانِ.

وإنْ أخرجا المالَ، ولا مُحَلِّلَ، وأحدُهما بحيثُ يقطعُ بسبقه، فالذي يسبقُ كالمحلِّلِ؛ لأنه لا يستحقُّ عليه شيء، وشرطُ المالِ من جهته لَغْوٌ، وهٰذا التفصيلُ الذي ذكره الإمامُ حَسَنٌ. ولو كان سبقُ أحدِهما ممكناً علىٰ النُّدور، ففي الاكتفاءِ به للصحَّةِ وجهان.

أصحُّهما وأقربُهما إلىٰ كلام الأصحاب: المنعُ، ولا اعتبارَ بالاحتمالِ النادر.

ويتعلَّقُ بما نحن فيه اختلافُ المركوبَين؛ جنساً، ونَوعاً، أمَّا النوعُ فلا يَضُرُّ، فتجوزُ المسابقةُ بين فَرَسٍ عربيٍّ وعجَمي؛ وعَرَبيٍّ وتُركيٍّ، وقال أبو إسحاقَ: إذا

تباعدَ نوعانِ، كالعَتيق[١] والهَجين[٢] من الخيل، والنَّجِيْب[٣] والبُخْتِي[٤] من الإبل، لم يَجُزْ، وينبغي أَنْ يرجحَ هـٰذا، وإنْ كان الأَولُ أشهرَ؛ لأنه إذا تحقَّقَ التخلُّفُ فأيّ فرقٍ بين أَنْ يكونَ لضعفٍ، أو لِرَدَاءةِ نَوْعٍ ؟

قلتُ: قولُ الأكثرينَ: تجوزُ بين العَتِيق والهَجين، والنَّجيب والبُخْتِيِّ، محمولٌ علىٰ ما إذا لم يقطعْ بسبقِ العَتيقِ والنَّجيب، كما ذكرناه، فقول أبي إسحاقَ ضعيفٌ، إنْ لم يُرِدْ به هـٰذا؛ فإنْ أرادَهُ، ارتفعَ الخلافُ. **وٱللهُ أعلمُ.**

وأمَّا إذا اختلفَ الجنسُ؛ فإنْ كان كبعيرٍ وفَرَسٍ، أو فَرسٍ وحِمارٍ فالأصحُّ: المنعُ، وإنْ كان بَغْلاً وحماراً، وجَوَّزْنا المسابقةَ عليهما، فالأصحُّ: الصحةُ، وبه أجاب ابْنُ الصبَّاغ.

الشرطُ السادِسُ: تَعيينُ المركوبين، فإنْ أحضرتِ الأفراسُ، وعقدَ علىٰ عينها، فذاكَ، وإنْ وصِفَتْ وعقدَ علىٰ الوصفِ، فهل تصحُّ؟ وجهان.

أصحُّهما: نَعَمْ، وبه قال العراقيُّون، قال الإمامُ: وهو الأوجَهُ، كما قام الوصْفُ في السَّلَمِ والرِّبا[٥] مقامَ الإحضار، ونقل الإمامُ عن العراقيين أنه إذا جرَتِ المسابقةُ مُطلقةً، كان كجريانِ المُنَاضَلة [١١٨٩ / أ] مطلقة، وسيأتي ـ إنْ شاءَ ٱللهُ تعالىٰ ـ أنها علىٰ ماذا تحملُ.

وإذا تعلَّق العقدُ بعين فرسٍ، لم يَجُزْ إبدالُهُ، فإنْ هَلكَ، انفسخ العقدُ، وإذا عقدَ علىٰ الوصْفِ، ثم أحضر فرس، فينبغي أَنْ لا ينفسخَ العقدُ بهلاكه.

الشرطُ السابعُ: أَنْ يستبقا[٦] علىٰ الدابتين، فلو شرطا إرسالَهما ليجريا

---

(١) **العتيق**: سلف في آخر كتاب قسم الفيء والغنيمة أنَّ العتيقَ من الخيل: هو الذي أبواه عربيّان.

(٢) **الهجين**: سلف في آخر كتاب قسم الفيء والغنيمة أنَّ الهجينَ من الخيل: هو الذي أبوه عربيٌّ وأمه أعجميَّة.

(٣) **النجيب**: من الإبلِ: القويُّ منها، الخفيف السريع (نهاية ابن الأثير: نجب)، وانظر: (النظم المستعذب: ١ / ٤١٥).

(٤) **البُخْتيُّ**: جنسٌ من الإبل، بطيء الجري. قيل: لاشقشقة له إذا هدر (النظم المستعذب: ١ / ٤١٤)، وانظر: (تهذيب الأسماء واللغات: ٣ / ٣٤ ـ ٣٥)، و(نهاية ابن الأثير: بخت).

(٥) في المطبوع: « والزِّنىٰ »، تصحيف، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٢ / ١٨٧).

(٦) في (ظ)، والمطبوع: « يسبقا »، المثبت من (أ، س).

بأنفسِهما، فالعقدُ باطل؛ لأنها تَنْفِرُ، ولا تَقْصِدُ الغاية، بخلاف الطيورِ إذا جوَّزْنا المسابقةَ عليها؛ لأن لها هدايةً إلىٰ الغاية.

الشرطُ الثامنُ: أَنْ تكون المسافةُ بحيثُ يمكن للفرسَين قطعُها ولا ينقطعانِ، فإِنْ كانت بحيث لا يصلانِ غايَتها إِلاَّ بانقطاعٍ وتعَبٍ، فالعقدُ باطلٌ.

الشرطُ التاسعُ: أَنْ يكونَ المالُ المشروطُ معلوماً، ويجوزُ أَنْ يكونَ عَيناً، ودَيناً، وبعضُه عَيناً، وبعضُه ديناً، وحالاًّ ومُؤَجَّلاً، فلو شرطا مالاً مجهولاً؛ بأَنْ قال: أُعطيك ما شئتُ، أو شئتَ، أو شرط ديناراً، أو ثوباً ولم يصفِ الثوبَ، أو ديناراً إِلاَّ ثوباً، فالعقدُ باطِل، وكذا لو شرطا ديناراً إِلاَّ درهماً إِلاَّ أَنْ يريدَ قَدْرَ الدرهم، وعرفا قيمةَ الدينار بالدراهم.

ولو قال: إِنْ سَبَقْتَني، فلك هـٰذه العَشَرَةُ، وتردُّ ثوباً، فالعقدُ باطل؛ لأنه شرط عِوَض علىٰ[1] السابقِ، وهو خلافُ مقتضاه.

ولو تسابقا علىٰ عِوضٍ كان في الذمَّة، فوجهانِ؛ بناء علىٰ جوازِ الاعتياضِ عنه.

ولو أخرجَ المال غيرُهما، جازَ أَنْ يشرطَ لأحدِهما أكثر من الآخَرِ، وإِنْ أخرجاه جاز أَنْ يخرجَ أحدُهما أكثر، وقال الصَّيْمَريُّ، والماوَرْدِيُّ: إذا أخرجاه وجبَ التساوي؛ جنساً، ونوعاً، وقَدْراً.

الشرطُ العاشِر: اجتنابُ الشروطِ المُفْسِدة، فلو قال: إِنْ سَبَقْتَني، فلك هـٰذا الدينار، ولا أرمي بعد هـٰذا، أو لا أُناضِلك إلىٰ شهر، بَطَلَ العقدُ، نصَّ عليه.

ولو شرط علىٰ السابق أَنْ يطعمَ السَّبَقَ[2] أصحابَهُ، بَطَلَ العقدُ علىٰ الصحيح، وقال أبو إسحاقَ: يصحُّ، وقَبولُهُ الإطعامَ وَعْدٌ، إِنْ شاءَ وَفىٰ به، وإِنْ شاء لم يَفِ.

قلتُ: وفي « التنبيه » وجهان آخران.

أحدهما: يَفْسُدُ المُسَمَّىٰ، ويجبُ عوضُ المثلِ.

والثاني: يصحُّ العقدُ، ولا عِوَضَ. **واللهُ أعلمُ.**

---

(١) في المطبوع: « عن ».

(٢) السَّبق: بفتح السين والباء: ما يجعل للسابق علىٰ سَبْقِه من جُعلٍ ونوالٍ (تهذيب الأسماء واللغات: ٣ / ٢٥٥ ـ ٢٥٦).



فَصْلٌ: الأشياءُ التي ذكرَ الأصحابُ اعتبارَ السَّبقِ بها ثلاثةٌ.

أحدها: الكَتَدُ؛ بفتح التاء وكسرها، والفتحُ أشهرُ، وهو مجتمع[1] الكتفين[2] بينَ أصلِ العُنُقِ، والظَّهرِ[3].

الثاني: الأَقْدامُ، وهي القوائِمُ.

الثالث: الهادي، وهو العُنُقُ، ونقل الإمام[4] اختلافِ وجهٍ، أو قولٍ في أَنَّ الاعتبارَ بالهادي، أم بموضع الأقدام والكَتِدِ؟ ورأىٰ الثاني أقيسَ[5]، والذي يوجدُ لعامةِ الأصحاب في كتبهم؛ أَنَّ الاعتبارَ في الإبِلِ بالكَتِدِ، وفي الخَيْلِ بالهادِي؛ لأنَّ الإبلَ ترفعُ أعناقَها في العَدْوِ، فلا يمكن اعتبارُهُ، والخيلُ تمدُّها.

قالوا: فإذا استوىٰ الفرسانِ في خِلْقَةِ العُنُقِ، طولاً وقِصَراً، فالذي تقدَّمَ بالعُنُقِ، أو بعضه هو السابقُ، وإنِ اختلفا؛ فإنْ تقدَّم أقصرُهما عُنقاً، فهو السابقُ، وإنْ تقدَّمَ الآخَرُ، نُظِرَ:

إنْ تَقَدَّمَ بِقَدْرِ زيادةِ الخِلْقَةِ فما دونها، فليس بسابِق، وإنْ تقدَّمَ بأكثرَ، فسابِقٌ، وحكيتْ [١١٨٩ / ب] أوجُهٌ أُخَرُ ضعيفةٌ.

أحدها: أن عند اختلافِ خِلْقَةِ العُنُقِ يعتبرُ في الخيل الكَتَد، حُكي عن أبي إسحاقَ، ورجَّحه الرُّوْيَانِيُّ.

والثاني: أَنَّ عند اختلافِ الخِلْقَةِ إذا سبق أطولُهما عُنقاً ببعضِ عُنقه، وكَتِدُهما سواء، كان سابقاً.

والثالث: أنه إنْ كان في جنسِ الخيلِ ما يرفعُ الرأسَ عند العَدْوِ، اعتبرَ فيه الكَتِدُ، كما في الإبل.

---

(١) في (ظ، أ)، والمطبوع: « مجمع »، المثبت من (س)، موافق لما في (فتح العزيز: ١٢ / ١٨٧).

(٢) في المطبوع: « الكفين »، خطأ.

(٣) وهو من الخيل مكان السنام من البقر (النظم المستعذب: ١ / ٤١٧).

(٤) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٢٤٩).

(٥) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٢٥٠).

والرابع: أَنَّ التقدُّمَ بأيِّهما حصلَ، حَصَلَ السَّبقُ.

وعلىٰ هٰذا: لو تقدَّم أحدُهما بأحدِهما، والآخَرُ بالآخَر، فلا سَبقَ.

والخامسُ، حكاه ابْنُ القَطَّانِ: لا يعتبرُ هٰذا ولا ذاكَ؛ بل يعتبرُ عُرْفُ الناسِ، وما يَعدُّونه سَبقاً.

والسادس: المعتبرُ تَقَدُّمُ الأُذُنِ.

والسابعُ: المعتبرُ ما شرطاه مِنَ الكَتِدِ، أو الهادي.

قلتُ: هٰذا السابعُ ضعيفٌ؛ لأنَّ المسألةَ فيما إذا أطلقا. **وٱللهُ أعلمُ.**

فهٰذا هو الكلامُ في الهادِي والكَتِدِ، أَمَّا الكَتِدُ مع القَدَمِ، فقد قَرَنَ بينهم قارِنون، وأقام أحدَهما مَقَامَ الآخَرِ آخَرونَ، وأشار الفريقانِ إلىٰ أنه لا فَرْقَ في الاعتبار بهما، ولا خلافَ؛ لأنهما قريبان من التحاذي، لٰكن بينهما مع التَّقارُبِ[١] تفاوُتٌ، ولا يبعدُ أَنْ يجعلَ اعتبار القَدَم وراءَ اعتبارِ الكَتِدِ والهادي.

وقال صاحب «الحاوي»: لو اعتبرَ السبق بالقدَم، فأيهما تقدَّمت يداه، فهو السابِق؛ لأن السعيَ بهما، والجَرْي عليهما، لٰكن الشافعيّ رَحِمَهُ ٱللهُ اعتبرَ الهادي والكَتِد، وأَمَّا قولُ الغزاليِّ: الاعتمادُ علىٰ القدم، فخلافُ الجمهور. ثم قال الشيخ أبو محمد: الخلافُ في أَنَّ السبقَ بماذا يعتبرُ؟ مخصوصٌ بآخِرِ المَيْدانِ، فأما في أَوَّلِهِ، فيعتبرُ التساوي في الأقدام قطعاً.

فُروعٌ: تَتَعلَّقُ بالسَّبقِ

لو سبقَ أحدُهما في وسطِ المَيْدان، والآخَرُ في آخِرِه، فالسابقُ الثاني.

ولو عَثَرَ أَحَد الفرسَين، أو ساخَتْ قوائِمُه في الأرض[٢] فتقدَّم الآخَرُ، لم يكن سابقاً. وكذا لو وقفَ بعد ما جرىٰ، لمرضٍ ونحوِهِ؛ فإنْ وَقَف بلا عِلَّة، فهو مسبوقٌ، ولو وقفَ قبل أَنْ يجريَ، فليس بمسبوقٍ، سواء وقفَ لمرضٍ، أو لغيرِه.

ولو تسابقا علىٰ أَنَّ مَنْ سَبَقَ منهما بأقدامٍ معلومةٍ علىٰ موضِع كذا، فله السَّبَقُ،

---

(١) في الأصول الخطية، والمطبوع: «التفاوت»، المثبت من (فتح العزيز: ١٢ / ١٨٨).

(٢) **ساخت قوائمه في الأرض:** أي: نزلت فيها من رخوتها (النظم المستعذب: ١ / ٤١٧).

جازَ علىٰ الصحيح، والغايةُ في الحقيقة نهايةُ الأقدام من ذٰلك الموضِعِ، لكنَّه شرط في الاستحقاق تخلُّف الآخَرِ عنها بالقَدْر المذكورِ.

فَرْعٌ: ليجريا في وقتٍ واحدٍ، ويستحبُّ أَنْ تكونَ في الغايةِ قَصَبَةٌ مَغْروزةٌ، ليقطعَها السابِقُ، فيظهر لكلِّ أَحَدٍ تَقَدُّمُهُ[١].

الطرفُ الثاني: في أَحْكامِهِ

وفيه قاعدتان:

إحداهما: هل عقدُ المُسابقة لازِمٌ كالإجارة، أم جائزٌ كالجِعَالة؟ قولانِ.

أظهرُهما: الأولُ. ثم قيلَ: القولانِ فيما إذا أخرجا العِوَضَ جميعاً، أَمَّا إذا أخرجَه أحدُهما، أو غيرُهما، فجائِز قطعاً، والمذهب: طَرْدُ القولَين في الحالَين، قال الشيخ أبو محمد، والأئمةُ: القولانِ فيمن التزمَ المال، فأَمَّا مَنْ لم يلتزِمْ شيئاً، فجائِزٌ في حقِّهِ قطعاً، وقد يكون العقدُ جائزاً من جانبٍ، لازماً من جانبٍ، كالرَّهْن والكِتابة.

وقيل بطرِدِهما فيمن لم يلتزِمْ؛ لأنه قد يقصدُ بمعاقَدته تعلُّمَ الفُروسيّة والرمْي، فيكون كالأجير، والمَذهبُ يخصِّصُهما بالملتزم [١١٩٠ / أ] فإِنْ قلنا بالجوازِ، فلكلِّ واحدٍ تركُ العملِ قبلَ الشروع فيه، وكذا بعدَه إنْ لم يكن لأحدِهما فَضْلٌ علىٰ الآخَر، وكذا إنْ كان علىٰ الأصحِّ؛ لأنه عَقْد جائِز، وعلىٰ هـٰذا القولِ: تجوزُ الزيادةُ والنقصُ في العَمَل، وفي المالِ بالتراضي.

وإذا بذلَ أحدُهما المالَ، لا يشرطُ من صاحبه القَبول علىٰ الصحيح.

قال الإمامُ[٢]: وأجرىٰ الأصحابُ هـٰذين الوجهَين في الجِعَالة المتعلِّقة بمعيّن؛ بأن يقولَ: إنْ رَدَدْتَ[٣] عبدي فلكَ كذا.

وفي ضمان السبقِ قبلَ تمامِ العملِ والرهن به الخلافُ السابقُ في ضمان الجُعْلِ والرهن به قبلَ تمامِ العمل.

---

(١) في المطبوع: « بقدمه »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٢ / ١٨٩).
(٢) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٢٤٤).
(٣) في المطبوع: « أردت »، تحريف.

وقيل: إنْ لم يَصِحَّ الضمانُ، لم يَصحَّ الرهنُ، وإلاَّ فوجهان؛ لأنَّ الضمانَ أوسَعُ باباً، ولذلك يجوزُ ضمانُ الدَّرَكِ[١] دون الرَّهْنِ به.

وأمَّا إذا قلنا باللُّزومِ، فليس لأحدِهما فسخُ العقدِ دونَ الآخَر، فإنْ ظهرَ بالعوَضِ المعيَّن عيبٌ، ثبتَ حَقُّ الفسخِ، وليس لأحدِهما أَنْ يتركَ العملَ إنْ كان مفضولاً، أو فاضِلاً، وأمكنَ أَنْ يدركَهُ صاحبُهُ ويسبقَه، وإلاَّ فله التركُ؛ لأنه تركَ حَقَّ نفسِه.

ولا يجوزُ لهما الزيادةُ في العَملِ والمالِ، ولا النقصُ منه، إلاَّ أَنْ يَفْسَخا العقدَ الأولَ، ويستأنفا عَقداً.

وإذا سبقَ أحدُهما اشترطَ قَبُول الآخَر بالقول، ولا يكلَّفُ المُسْبِقُ[٢] البداءَةَ بتسليم المال علىٰ المذهب بخلافِ الأُجرة؛ لأنَّ في المسابقة خَطَراً، فيبدأ بالعمل، ويجوزُ ضمانُ السبقِ والرهن به علىٰ هـٰذا القول علىٰ المذهب.

وقال القَفَّالُ: قولانِ، كضمانِ ما لم يَجِبْ، وجرىٰ سببُ وجُوبِه، فأَمَّا بعد الفراغ مِنَ العملِ فيجوزُ ضمانُ السبقِ والرهن به علىٰ القولَين.

وإنْ كان السَّبَقُ عَيناً، لزمَ المُسْبِقَ تسليمُها، فإنِ امتنعَ، أجبرَهُ الحاكمُ، وحبسَه عليه، ولو تلفَتْ في يده بعد الفراغ مِنَ العمل، لزمَهُ الضمانُ كالمبيع إذا تَلِفَ في يدِهِ قبلَ التسليم، ولو تلفَتْ في يده قبلَ العمل، انفسَخَ العقدُ.

ولو غاب لمرضٍ ونحوه، لم[٣] ينفسخِ العقدُ؛ بل ينتظر زواله.

فَرْعٌ: اشترىٰ ثوباً، وعقدَ المسابقةَ بعشَرَة، إنْ قلنا: المسابقة لازِمة، فهو جمعُ بيعٍ وإجارة في صفقةٍ، وفي صحته قولانِ، وإنْ قلنا: جائِزة، لم يصحَّ قطعاً؛ لأنه جمع بين جِعالةٍ لا تلزمُ، وبيعٍ يلزمُ في صفقةٍ، وذٰلك ممتنِعٌ.

القاعدةُ الثانيةُ: إذا فسدت المسابقةُ، وركضَ المتسابقان، وسبقَ مَنْ لو

---

(١) ضمانُ الدَّرَكِ: بفتح الدال، وبفتح الراء وإسكانها. قال الجوهري: الدَّركُ: التبعةُ، وقال أبو سَعْدٍ المتولِّي: سُمِّي ضمان الدَّركِ؛ لالتزامه الغرامة عند إدراكِ المستحقّ عين ماله (تهذيب الأسماء واللغات: ٣ / ١٨٧).

(٢) المُسْبِق: سيأتي بعد قليل أنَّه مُخْرِجُ السَّبَقِ.

(٣) في (ظ)، والمطبوع: « فلم ».



صحَّتِ، استحقّ السَّبَقَ، فالمذهبُ أنه يستحقُّ أجرةَ المِثْلِ، وبه قطع الأكثرونَ، كالإجارة، والقِرَاض الفاسدَين.

وقيل: لا يستحقُّ شيئاً؛ لأنه لم يعمَلْ لغيره شيئاً، وفائدةُ عَمَلِهِ تعودُ إليه، بخلافِ الإجارةِ والجِعالة الفاسدَتين.

وقيل: إنْ كان الفسادُ لِخَلَلٍ في العِوَضِ وأمكنَ تقويمُهُ؛ بأَنْ كان مَغْصوباً، وجبَت قيمتُهُ، وإذا قلنا بالمذهب؛ ففي كيفيَّةِ اعتبار أجرةِ المثلِ وجهانِ.

قال ابْنُ سَلَمَةَ: هي أجرةُ مِثْلِ الزَّمَنِ الذي اشتغلَ بالرمي فيه.

وأصحُّهما، قولُ أبي إسحاقَ: يجبُ ما يتسابقُ بمثلِهِ في مِثْلِ تلك المسابقة[١] غالباً.

✍ ✍ ✍

---

(١) في أصل (ظ)، وفي (أ): « المسافة ».



البابُ الثاني

في الرَّمْيِ [١١٩٠ / ب]

فيه طرفانِ.

الأولُ: في شروطِهِ، وهي ستة:

أحدها: المُحَلِّلُ، فمالُ المُناضَلة(١) علىٰ نحو ما ذكرنا في المسابقة(٢)، وهو أن يخرجَهُ غيرُ المتناضِلين، أو أحدُهما، أو كلاهما.

وصورةُ القسم الأولِ: أَنْ يقولَ الإمامُ، أو أجنبيٌّ: ارْمِيَا عَشَرَةً، فمَن أصاب منها كذا، فله كذا.

وصورةُ القسمِ الثاني: أن يقولَ أحدُهما: نرمي كذا، فإنْ أصْبتَ أنتَ منها كذا، فلكَ عليَّ كذا، وإنْ أصبتُها أنا، فلا شيءَ لأحدنا علىٰ صاحبه.

وصورةُ الثالث: أَنْ يشرطَ كُلُّ واحدٍ المالَ علىٰ صاحبه إنْ أصابَ، وهٰذا الثالث لا يجوزُ إلَّا بمحلِّلٍ معهما، كما سبقَ.

وكما تجوزُ المناضَلَةُ بين اثنَين، تجوزُ بين حِزْبَين(٣)، كما سيأتي إنْ شاءَ ٱللهُ تعالىٰ، وحينئذ، فكلُّ حِزْبٍ كَشَخْصٍ؛ فإن أخرجَ المالَ أَحَدُ الحزبَين أو أجنبيٌّ، جازَ، وإنْ أخرجاه اشترطَ مُحَلِّل، إمَّا واحدٌ، وإمَّا حِزْبٌ.

---

(١) **المناضلة:** المُغالبة في رمي السهامِ علىٰ وجه مخصوص (النجم الوهَّاج: ٩ / ٥٨٣).

(٢) في (س): « المناضلة ».

(٣) **حزْبين:** الحزبُ: الجماعةُ، وتحزَّبوا، أي: تجمّعوا (النظم المستعذب: ١ / ٤٢٠).

ولو أخرجه الحزبانِ، وشرطوا لواحدٍ مِنْ أَحَدِ الحزبَين؛ إِنْ كان الفوزُ لحزبه، شاركَهم في أخذِ المالِ، وإنْ كان للحزب الآخَر، فلا شيءَ علىٰ ذٰلك الواحدِ إنما يغرمُ أصحابه، أو اشتمل كُلُّ حزب علىٰ مُحَلِّلٍ علىٰ هـٰذه الصورة، فثلاثةُ أوجُهٍ.

أصحُّها: لا يجوزُ؛ لأن المحلِّلَ مَنْ إذا فاز، استبدَّ بالمال، وهـٰذا يشارك أصحابه.

والثاني: الصحةُ.

والثالثُ: يصحُّ في الصورة الثانية دونَ الأولىٰ.

ولو شرطَ كُلُّ حزبٍ كُلَّ المال لمحلِّلهم، بَطَلَ قطعاً؛ لأنه يكونُ فائزاً لغيرِهِ.

الشرط الثاني: اتحادُ الجنسِ؛ فإنِ اختلفَ، كالسِّهام مع المَزَارِيْقِ[١]، لم يصحَّ علىٰ الأصحِّ.

ولو اختلفت أنواعُ القِسّيِّ والسِّهام، جازَ قطعاً، كقِسِيٍّ عربيَّة مع فارسيَّة، ودُوْدَانِيَّة[٢]، وتنسبُ إلىٰ دُوْدَان[٣]، قبيلةٍ من بني أسَد، مع هِنْديَّة، وكالنَّبْلِ، وهو ما يرمىٰ به عن القوس العربيَّة، مع النُّشَّابِ، وهو ما يُرْمىٰ به عن الفارسيَّة.

ومن أنواعِ القسيِّ: الحُسْبَانُ[٤]، وهي قوسٌ تجمعُ سهامُها الصغارُ في قَصَبة، ويُرمىٰ بها، فتتفرَّق علىٰ الناس، ويعظمُ أثرُها ونكايَتُها.

وحكىٰ صاحب « التقريبِ »[٥] وجهاً: أنه لا تجوزُ المُناضَلَةُ بالنَّبْل مع النُّشَّابِ؛ كالخيلِ والبغالِ، والصحيحُ: الأولُ؛ لأنا قدَّمنا أَنَّ اختلافَ أنواعِ الإبلِ، والخيلِ لا يضرُّ، فهـٰذا أَوْلىٰ.

---

(١) المزاريق: المِزراق: رمح قصير أخفُّ من العَنَـزَةِ (المصباح: ز ر ق).

(٢) في الأصول الخطية، والمطبوع، و(فتح العزيز: ١٢ / ١٩٥): « ودورانية »، تحريف. وانظر التعليق التالي.

(٣) في الأصول الخطية والمطبوع، و(فتح العزيز: ١٢ / ١٩٥): « دوران »، تحريف. قال ياقوت في (معجم البلدان: ٢ / ٤٨٠): « دُوْدان، بدالين مهملتين، الأولىٰ مضمومة: قبيلة من بني أسد، وهو دُوْدان بن أسد بن خُزيمة ». وزاد الفيومي في المصباح فقال: « وإليهم تنسبُ القسيُّ علىٰ لفظها، فيقال: دُوْدانيَّة »، وانظر: (اللسان: دود).

(٤) الحُسْبان: بالضم (المصباح: ح س ب).

(٥) صاحبُ التقريب: هو أبو الحسن، القاسم بن القفَّال الشاشي الكبير.

ثم إنْ عَيَّنا في عقدِ المُنَاضلة نوعاً من الطرفَين أو أحدهما، وَفَّيَا به، ولا يجوزُ العدولُ عن المعيَّنِ إلىٰ ما هو أجودُ منه؛ بأَنْ عَيَّنا القوسَ العربيَّة، فلا يجوزُ العدولُ إلىٰ الفارسيَّة، ولو عدلَ إلىٰ ما دونَه، لم يَجُزْ أيضاً علىٰ الأصحِّ إلَّا بِرضا صاحِبِه؛ لأنَّه ربَّما كان استعمالُهُ لأحدِهما أكثرَ، ورمْيُهُ به أجودَ، ولو عَيَّنا سهماً، أو قوساً، لم يتعيَّنْ، وجازَ إبدالُهُ بمثلِهِ من ذٰلك النوعِ، سواءٌ حدثَ فيه خَلَلٌ يمنعُ استعمالَه، أم لا، بخلاف الفَرسِ، فلو شرطَ أَنْ لا يبدلَ، فسدَ الشرطُ علىٰ الأصحِّ؛ لأنَّ الرامي قد تَعْرِضُ له أحوالٌ خفيَّةٌ تُحْوِجُهُ إلىٰ الإبدالِ، وفي مَنْعه من الإبدال تضييقٌ، لا فائدةَ فيه، وقيل: يصحُّ الشرطُ، فإن أفسَدْنا الشرطَ، فسدَ العقدُ علىٰ الأصحِّ. ويجري الوجهانِ في كُلِّ ما لو طرحَ من أصلِهِ، لاستقلَّ العقدُ بإطلاقه [١١٩١ / أ]، فأما ما لا يستقلُّ العقدُ بإطلاقه لو طرحَ، كإهمال ذكْرِ الغايةِ في المسابقة، وصفة الإصابة في المُناضَلة، فإذا فسدَ، فَسَدَ العقدُ بلا خلاف، فإنْ صَحَّحنا هٰذا الشرطَ، لزمَ الوفاءُ به ما لم ينكسِرِ المعيَّنُ، ويتعذَّر استعمالُهُ؛ فإنِ انكسَرَ، جازَ الإبدالُ للضرورة، فإنْ شرطَ أَنْ لا يبدلَ وإنِ انكسرَ، فسدَ العقدُ قطعاً.

ولو أطلقا المناضلةَ، ولم يتعرَّضا لنوعٍ، فثلاثَةُ أوجُهٍ.

الصحيحُ وقولُ الأكثرينَ: الصحَّةُ؛ لأن الاعتمادَ علىٰ الرامي.

والثاني: المَنْعُ؛ لاختلافِ الأغراضِ، وتفاوتِ الحَذْقِ في استعمالِها.

والثالث: إنْ غلبَ نوعٌ في الموضِع الذي يترامَون فيه، صحَّ، ونزل عليه، وإلَّا فباطل، فإن قلنا: يصحُّ، فتراضَيا علىٰ نوع، فذاكَ، وإِنْ تَرَاضَيا علىٰ نَوع من جانب، ونوعٍ آخَرَ من الجانب الآخرِ، جازَ أيضاً علىٰ الأصحِّ كما في الابتداءِ.

ولو اختارَ أحدُهما نوعاً، وقالَ الآخَرُ: بل تَرمي[1] بنوعٍ آخَرَ وأَصرَّا علىٰ المُنازَعة، فسخَ العقد علىٰ الأصحِّ، وقيل: ينفسخُ.

فَرْعٌ: قال الإمامُ[2]: اختلافُ السِّهام، وإن اتحدَ نوعُ القوسِ، كاختلاف نوعِ

---

(١) في المطبوع: « يرمي »، وفي الأصول الخطية وردت هٰذه الكلمة بدون إعجام، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٢ / ١٩٧).

(٢) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٣٦٥).

الفرس، وبيانُهُ: أَنَّ الرميَ بِنبالِ الحُسْبانِ التي يقالُ لها: النَّاوك[١] إنما يكونُ بالقوسِ الفارسيَّةِ؛ لكنَّها مع الآلة المتصِلة بها كنوع آخَرَ من القوس، وكذا قَوْس[٢] الجَرْخِ[٣] مع قوسِ اليدِ، والجَرْخُ والنَّاوك[٤] مختلفانِ.

الشرطُ الثالثُ: أَنْ تكونَ الإصابةُ المشروطةُ ممكنةً، لا ممتنعةً ولا مُتيقنةً، فإِنْ شرطَ ما يتوقَّع إصابته، صَحَّ، وإِنْ شرطَ ما هو ممتنِعٌ في العادة، بَطَلَ العقدُ، والامتناعُ قد يكونُ، لشدَّة صِغَرِ الغَرَضِ[٥]، أو بُعْدِ المسافةِ، أو كثرةِ الإصابة المشروطةِ؛ كإصابةِ مِئةٍ، أو عَشَرَةٍ متواليةٍ، وفي العَشَرة وجْهٌ ضعيفٌ.

وإِنْ شرطَ ما هو متيقّنٌ في العادة، كإصابةِ الحاذِقِ واحداً من مئةٍ، ففي صحةِ العَقْدِ وجهان.

وجهُ المنعِ: أَنَّ هـٰذا العقد ينبغي أَنْ يكونَ فيه خَطَرٌ، ليتأنق الرامي في الإصابةِ[٦].

قلتُ: أصحهما[٧] . . . .[٨].

---

(١) في (ظ، س)، والمطبوع، و(فتح العزيز: ١٢ / ١٩٧): « الناول »، المثبت من (أ) موافق لما في نسخة من (نهاية المطلب: ١٨ / ٢٣٣). وجاء في مطبوع (نهاية المطلب: ١٨ / ٢٣٣، ٢٧٢): « النَّازك » بدل: « النَّاوك ». قال الأستاذ الدكتور عبد العظيم الديب في تعليقه علىٰ (نهاية المطلب: ١٨ / ٢٣٣): « النازك: النيزك، وهو الرمح القصير، فارسيٌّ معرَّبٌ، وتكلم به الفُصحاء في الجاهلية (اللسان، والمصباح، والمعجم) وهي في نسخة: (ق): « الناوك »، وهو أيضاً بنفس المعنىٰ، واستعمله الغزاليُّ في الوسيط ».

(٢) في المطبوع: « القوس ».

(٣) قال الأستاذ الدكتور عبد العظيم الديب في تعليقه علىٰ (نهاية المطلب: ١٨ / ٢٣٣): « الجُروخ: من أدوات الحرب، ترمىٰ عنها السهام، والحجارة، مشتقة من جرخ، ومعناها: الفلك، وتطلق علىٰ جميع الآلات التي تدور، كالدولاب والبكرة، وغيرهما، ومنها جرخ بالكرديّة والتركية. انظر: معجم الألفاظ الفارسية المعرَّبة ».

(٤) **الناوك**: سلف تفسيرها في التعليق رقم (١). وجاء في المطبوع: « الناول »، تحريف.

(٥) **الغَرَض**: هو الذي يُنصبُ ليرمىٰ إليه، من خشبٍ، أوجِلْدٍ، أو قرطاس. انظر: (النظم المستعذب: ١ / ٤١٨)، و(مغني المحتاج: ٤ / ٣١٦)، و(المصباح: غ ر ض).

(٦) أي: ليُحكمها.

(٧) قوله: « قلتُ: أصحهما » ليس في (أ).

(٨) بياض في (ظ، س)، وجاء في هامش (ظ): « كذا نقل عن خط المصنف »، وجاء في هامش (س): « كذا بخط المصنف ».



ولو شرطَ ما يمكنُ حصولُهُ نادراً، فوجهانِ، ويقال: قولانِ.

أحدهما: الصحَّةُ للإمكان، وحصولِ الحذْقِ.

وأصحُّهما: الفسادُ؛ لبعدِ حصول المقصودِ، ويجري الخلافُ في كل صورة تَـنْدُرُ فيها الإصابةُ المشروطةُ.

فمنها: التناضُلُ إلىٰ مسافةٍ تَـنْدُرُ فيها الإصابةُ، والتناضُلُ في الليلة المظلمة، وإنْ كان الغَرَضُ قد يتراءىٰ لهما، ويقربُ مِنْ هـٰذا ما ذكره الأصحابُ: أَنَّ المتناضِلَين ينبغي أَنْ يتقاربا في الحَذْقِ بحيثُ يحتملُ أَنْ يكونَ كُلُّ واحدٍ فاضِلاً ومفضولاً؛ فإنْ تفاوتا، وكان أحدُهما مُصيباً في أكثر رميِهِ، والآخَرُ يخطئُ في أكثرِهِ، فوجهانِ. ويتعلَّق بهـٰذا الشرط أَنَّ المحلِّل بين المتناضِلَين ينبغي أَنْ يكون بحيثُ يمكن فوزُهُ وقصورُهُ؛ فإنْ علمَ قصوره، فوجودُهُ كعدَمِه، وإنْ علمَ فوزه، فعلىٰ الوجهين في إصابة واحدٍ من مئة.

الشرْطُ الرابعُ: الإعلامُ، فيشترطُ في المُناضَلة العلمُ بأمورٍ؛ لاختلافِ الغَرَض باختلافها.

منها: المالُ المشروطُ علىٰ ما ذكرنا في المسابقة.

ومنها: عَدَدُ الإصابة، كخمسةٍ من عشرينَ، وَلْيُبَيِّنا صِفَةَ الإصابةِ؛ من القَرْع[1]: وهو الإصابةُ [١١٩١ / ب] المجرَّدة[2]، والخَزْقِ[3]: وهو أن يثقبَ الغرضَ، ولا يَثْبُتَ فيه، والخَسْقِ: وهو أَنْ يثبتَ فيه، والخَرْمِ: وهو أَنْ يصيبَ طرفَ الغرضَ فَيَخْرِمَه، والمَرْقِ: وهو أَنْ يَثْقُبَهُ، ويخرجَ من الجانب الآخر.

ثم كُتُبُ كثيرٍ من الأصحاب منهم العراقيون مصرِّحَةٌ بأنه لا بُدَّ من ذكرِ ما يريدان من هـٰذه الصفاتِ سوىٰ الخَرْم، والمَرْق؛ فإنهم لم يشرطوا التَّعرضَ لهما.

والأصحُّ ما ذكره البغويُّ: أنه لا يشترط التَّعرضُ لشيء منها، كالخَرْمِ، والمَرْقِ، وكإصابة أعلىٰ الشَّنِّ وأسفلِهِ.

---

(١) **القَرْع**: بفتح القاف وسكون الراء (النجم الوهَّاج: ٩ / ٦٠٠).

(٢) قال المصنف في (المنهاج: ٩ / ٥٩٩ ـ النجم الوهَّاج): « القرعُ: هو إصابة الشَّنِّ بلا خدْشٍ ».

(٣) في المطبوع: « الخرْق »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٢ / ١٩٩)، قال الدَّميري في (النجم الوهَّاج: ٩ / ٦٠٠): « الخزْق بالخاء والزاي المعجمتين، من خزقتُ الثوب وخزقته ».

قال: وإذا أطلقا العقدَ حمل علىٰ القَرْع؛ لأنه المتعارَف[١]، وأحسنُ من هٰذه العبارة أَنْ يقالَ: حقيقةُ اللفظِ ما يشتركُ فيه جميع ذٰلك.

ومنها: إعلامُ المسافة التي يرميانِ فيها، وفي وجوبه قولان حكاهما الإمامُ[٢].

أحدهما: نَعَمْ؛ لاختلافِ الغَرَض بها.

والثاني: لا، وينزلُ علىٰ العادة الغالبة للرماة هناك إِنْ كانت، فإن لم تكن عادةٌ وجبَ قطعاً، وعلىٰ هٰذا يحملُ ما أطلقَهُ الأكثرونَ من اشتراطِ الإعلام، وليرجّحْ من القولَين: التنزيل علىٰ العادة الغالبة؛ لأن الشرطَ العلمُ بها، وذٰلك تارةً يكون بالإعلامِ، وتارةً بقرينةِ الحالِ، كنظائره، وبهٰذا قطعَ ابْنُ كَجٍّ.

وفي « المهذب »[٣]، و« التهذيب »[٤]: أنه إذا كان هناك غرضٌ معلومَ المدىٰ، حملَ مُطلق العقد عليه، ولو ذكرا غايةً لا تبلغُها السهامُ، بَطَلَ العقدُ.

وإنْ كانت الإصابةُ فيها نادرةً[٥]، ففيه الوجهانِ، أو القولانِ في الشروط النادرة، وقدَّرَ الأصحابُ المسافةَ التي يقربُ توقع الإصابة فيها بمئتين وخمسين ذراعاً[٦]، وما تتعذَّرُ فيه بما فوق ثلاث مِئةٍ وخمسين، وما تَـنْدرُ فيه بما بينهما.

وفي وجه: لا تجوزُ الزيادةُ علىٰ مئتين، وهو شاذٌّ.

ولو تناضَلا علىٰ أَنْ يكونَ السَّبَقُ لأبعدِهما رمياً، ولم يَقْصِدا غَرَضاً، صحَّ العقدُ علىٰ الأصحِّ؛ لأنَّ الإبعادَ مقصودٌ أيضاً في مُقاتلة القِلاع، ونحوها، وحصولِ الإرعاب، وامتحانِ شِدَّة الساعِدِ.

قال الإمامُ[٧]: والذي أراه علىٰ هٰذا؛ أنه يشترطُ استواءُ القوسَين في الشدَّة،

---

(١) انظر: (التهذيب: ٨ / ٨٣).
(٢) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٢٥٨).
(٣) انظر: (المهذب: ٣ / ٥٩٣ ـ ٥٩٤).
(٤) انظر: (التهذيب: ٨ / ٨٣).
(٥) في أصل (ظ)، وفي (س): « كانت الإصابة ناجزة ».
(٦) وهٰذا الذراعُ لم يذكره الأصحابُ، والظاهر أن المراد: ذراع اليد المعتبر في مسافة الإمام والمأموم والقُلَّتين (النجم الوهَّاج: ٩ / ٥٩٨).
(٧) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٢٨٢).

وتراعىٰ خِفَّةُ السهمِ ورَزَانَـتُهُ؛ لأنهما تؤثِّران في القُرْبِ والبُعد تأثيراً عظيماً.

ومنها: إعلامُ قَدْرِ الغرَض طولاً وعَرْضاً، والكلامُ فيه علىٰ ما ذكرنا في المسافة.

ومنها: ارتفاعُهُ عن الأرضِ وانخفاضُهُ، وهل يشترطُ بيانُه، أم لا يشترط ؟ ويُحملُ علىٰ الوسطِ، فيه مثل الخلاف السابق.

واعلم: أنَّ الهدَفَ هو الترابُ الذي يجتمعُ، أو الحائطُ الذي يبنىٰ لينصبَ فيه الغَرَض. والغَرَضُ قد يكونُ من خَشَبٍ، أو قِرْطاسٍ، أو جِلْدٍ، أو شَنٍّ، وهو الجِلْدُ البالي[(١)]، وقيل: كُلُّ ما نُصِبَ في الهدَفِ، فهو قِرْطاسٌ، سواءٌ كان من كاغَدٍ، أو غيرِه، وما تعلَّقَ في الهواءِ فهو الغَرَضُ، والرُّقْعَةُ: عَظْمٌ ونحوُه، يُجعل في وسطِ الغَرضِ، وقد يجعلُ في الشَّنِّ نَقْشٌ كالقَمَر قبل استكمالِهِ يقال له[(٢)]: الدَّارة[(٣)]، وفي وسطها نَقْشٌ، يقال له: الخاتَم، وينبغي أَنْ يبيِّنا موضعَ الإصابةِ، أهو الهدَفُ، أم الغَرَضُ المنصوبُ فيه، أم الدارةُ في الشَّنِّ، أم الخاتَم في الدَّارة ؟ وقد يقال له: الحَلقة والرُّقعة.

وفي الصحةِ [١١٩٢ / أ] مع اشتراط إصابتِهِ الخلافُ في الشروطِ النادرةِ، وقد يجعلُ العرَبُ بدل الهدفِ تُرْساً، ويعلَّق فيه الشَّنّ.

ومنها: عَدَدُ الأَرْشاق، وهو جَمعُ: رِشْقٍ، بالكسر، وهي النَّوْبَةُ من الرميِ تجري بين المترامِيَين، سَهْماً سَهْماً، أو خمسةً خمسةً، أو ما يتفقان عليه.

ويجوزُ أَنْ يتَّفقا علىٰ أَنْ يرميَ أحدُهما جميعَ العدد، ثُمَّ الآخَرُ كذٰلك، والإطلاقُ محمول علىٰ سهمٍ سهمٍ.

والمُحَاطَّةُ: أَنْ يشترطَ طَرْح ما يشتركانِ فيه من الإصاباتِ، ويفضلَ لأحدهما إصاباتٌ معلومة، فإذا شرطَا عشرينَ رِشْقاً وفَضَلَ خمسُ إصابات، فرمَيَا عشرينَ،

---

(١) قال إمام الحرمين في (نهاية المطلب: ١٨ / ٢٥١): « الهدفُ في بلاد العربِ مثل الترس، ينصب ويعلَّق في وسطه شَنٌّ صغير، والترابُ للعجم في مَحَلِّ الهدف للعربِ، والشنُّ للعربِ في محلِّ القرطاسِ للعجم. . . . ».

(٢) في (ظ)، والمطبوع: « لها ».

(٣) في (أ): « الدائرة ».

وأصابَ أحدُهما عشرةً، والآخَرُ خمسةً، فالأولُ ناضِلٌ.

وإنْ أصابَ كُلُّ واحدٍ خمسةً أو غَيرها ولم يفضُلْ لأحدِهما خمسة، فلا ناضِلَ.

والمبادرةُ: أَنْ يشترطَ الاستحقاق لمن بَدَرَ إلىٰ إصابةِ خمسةٍ من عشرينَ مثلاً مع استوائِهما في العددِ المرمي به، فإذا رَمَيَا عشرينَ، وأصابَ أحدُهما خمسةً، والآخَرُ أربعةً، فالأول ناضِلٌ، فلو رمىٰ أحدُهما عشرينَ، وأصابَ خمسةً، ورمىٰ الآخَرُ تسعةَ عَشَرَ، وأصاب أربعةً، فالأول ليس بناضِلٍ الآن، فيرمي الآخَرُ سهمَه؛ فإنْ أصابَ، فقد استويا، وإلاَّ فالأولُ ناضِل، وقولنا: « مع استوائِهما في العددِ المرمي به » احترازٌ مِنْ هٰذه الصورة؛ فإنَّ الأول بَدَرَ، لٰكنْ لم يستويا بَعْدُ، وهل يشترطُ التعرُّضُ في العقدِ للمُحَاطَّةِ والمُبَادَرَة ؟ وجهانِ.

أحدُهما: نَعَمْ، ويفسدُ العقدُ إنْ تركاه؛ لتفاوتِ الأغراضِ.

وأصحُّهما: لا، فإنْ أَطْلقا، حُمِلَ علىٰ المبادَرة؛ لأنها الغالبُ من المُنَاضَلة، وهل يشترطُ ذِكْر الأَرْشاقِ، وبَيانُ عددِها في العقد ؟ فيه طريقانِ.

المذهب، وبه قطعَ عامةُ الأصحاب: يشترطُ ذٰلك في المُحَاطَّة والمُبَادَرَة؛ ليكون للعملِ ضَبْطٌ، والأرشاقُ في المُنَاضَلة كالمَيْدان في المسابقة.

والثاني: فيه ثلاثةُ أوجُهٍ ذكرها الإمامُ[1]، وجعلها الغزاليُّ أقوالاً.

أحدها: هٰذا.

والثاني: لا يشترطُ؛ لأن الرميَ لا يجري علىٰ نسَقٍ واحد، وقد لا يستوفي الأَرْشاق لحُصول الفوز في خلالها، كما سيأتي إنْ شاءَ ٱللهُ تعالىٰ، وليكنِ التعويلُ علىٰ الإصاباتِ.

والثالثُ: يشترطُ في المُحَاطَّةِ، لينفصلَ الأمرُ، ويبين[2] نهاية العقدِ، ولا يشترطُ في المُبادَرةِ؛ لتعلُّقِ الاستحقاقِ بالبِدَار إلىٰ العدَدِ المشروطِ.

فَرْعٌ: تناضَلا علىٰ رَميةٍ واحدةٍ، وشرطا المالَ للمصيب فيها، صَحَّ علىٰ الأصحِّ.

---

(١) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٢٥٢ ـ ٢٥٣).

(٢) في (أ)، و(فتح العزيز: ١٢ / ٢٠٢): « ويتبين ».

وقيل: لا، فقد يتفقُ في المرةِ الواحدةِ إصابةُ الأَخْرَقِ(١) دون الحاذِق، فلا يظهرُ الحَذقُ إلَّا بِرمياتٍ.

ولو رمىٰ أَحَدُ المتناضِلين أكثرَ من النَّوبة المستحقّة له؛ إمَّا باتفاقِهما، وإمَّا بغيره، لم تُحْسَبِ الزيادةُ له إنْ أصابَ، ولا عليه إنْ أخطأَ.

ولو عَقَدا علىٰ عددٍ كثيرٍ علىٰ أَنْ يرميَا كُلَّ يوم بُكْرةً كذا، وعشيَّةً كذا، جازَ، ولا يتفرَّقانِ كُلَّ يوم حتَّىٰ يستوفيا المشروطَ فيه، إلَّا لعُذْرٍ، كمرضٍ، وريحٍ عاصفةٍ، ونحوِه، ثم يرميانِ علىٰ ما مضىٰ في ذٰلك اليومِ، أو بعدَه، ويجوزُ أَنْ يشرطا الرميَ جميعَ النهار، وحينئذٍ يَفِيان به، ولا يدَعانِ إلَّا في وقتِ [١١٩٢ / ب] الطَّهارةِ، والصَّلاةِ، والأكلِ، ونحوِها، وتقعُ هـٰذه الأحوالُ مُستثناةً، كما في الإجارة.

ولو أَطْلَقا ولم يُبيِّنَا وظيفةَ كُلِّ يوم، فكذٰلك الحكمُ، ولا يتركانِ الرميَ إلَّا بالتراضي، أو لِعارِضٍ، كمرضٍ، وريحٍ، ومطرٍ، ونحوِها. والحَرُّ ليس بعُذرٍ، وكذا الريح الخفيفةُ.

وإذا غربَتِ الشمسُ قبل فراغ وظيفةِ اليوم، لم يَرْمِيا بالليلِ للعادَةِ، إلَّا أَنْ يشرطَاهُ(٢)، وحينئذ يحتاجان إلىٰ شَمَعَةٍ(٣) ونحوها، وقد يكفي ضوءُ القَمَرِ، كذا قاله الأصحابُ.

ومنها: أنه يشترطُ رميهما مرتَّباً؛ لأنهما لو رَمَيَا معاً، اشتبهَ المصيبُ بالمخطِئ؛ فإنْ ذَكَرا في العقد مَنْ يبدأُ بالرمي، اتبعَ الشرط، وإنْ أَطْلقا، فقولانِ.

أظهرُهما: بُطلان العقد.

والثاني: صحَّتُهُ، وكيف يمضي؟ وجهانِ، ويقال: قولانِ.

أحدهما: ينزلُ علىٰ عادةِ الرُّماة، وهي تفويضُ الأمرِ إلىٰ المُسْبِقِ، بكسر الباء،

---

(١) في المطبوع: « الأخرىٰ »، تحريف.

(٢) في (ظ)، والمطبوع: « يشرط له » بدل: « يشرطاه »، المثبت من (س، أ)، وانظر: (فتح العزيز: ١٢ / ٢٠٢)، و(النجم الوهَّاج: ٩ / ٥٩٨).

(٣) في الأصول الخطية، والمطبوع: « مَشْمعة »، المثبت من (فتح العزيز: ١٢ / ٢٠٢). جاء في (المعجم الوسيط: ١ / ٥١٤): « المَشْمعةُ: المزاحُ الطربُ. ومصنعُ الشَّمع ». وليس المرادُ واحداً منهما.

وهو: مُخْرِجُ السَّبَقِ، فإنْ أخرجَه أحدُهما، فهو أَوْلىٰ، وإنْ أخرجه غيرُهما، قدَّمَ مَنْ شاء، وإنْ أخرجاه، أقرعَ.

والثاني: يقرعُ بكلِّ حال، وقال القَفَّالُ: القولانِ في الأصلِ مبنيَّان علىٰ أنَّا نتبعُ القياسَ أم عادةَ الرُّماة؟ ويجري مثلُ هٰذين القولَين في صُوَرٍ من السَّبْق والرمي، وهما متعلّقان بالخلاف في أَنَّ سبيلَ هٰذا العقد سبيلُ الإجارةِ، أم الجِعَالة؟ إنْ قلنا بالأول، اتبعْنَا القياسَ، وإن قلنا بالثاني، اتبعْنَا العاداتِ.

وقيل: في المسألةِ طريقانِ آخَران.

أحدهما: القطعُ بالفساد.

والثاني: بالقُرْعَةِ. ثم إذا شرطَ تقديم واحدٍ، أو اعتمدْنا القُرعة، فخرجَتْ لواحد، فهل يقدَّم في كل رِشْقٍ، أم في الرِّشْقِ الأولِ فقط؟ حكىٰ الإمامُ[1] فيه وجهَين، قال: ولو صَرَّحوا بتقديم مَنْ قدَّموه في كل رِشْق، أو أخرجا القُرْعَةَ للتقديم في كل رِشْق، اتبعَ الشرط، وما أخرجَتْه القرعةُ، ولك أَنْ تقولَ: إذا ابتدأ المقدّم في النَّـوبة الأُولىٰ، فينبغي أَنْ يبتدئ الثاني في الثانيةِ بلا قُرعةٍ، ثم يبتدئُ الأول[2] في الثالثة، ثم الثاني، وهٰذا لأمرَين.

أحدهما: أنهم نقلوا عن نَصِّه في « الأم »: أنه لو شرطَ كون الابتداء لأحدِهما أبداً، لم يَجُزْ؛ لأنَّ المُناضَلَةَ مبنيَّةٌ علىٰ التساوي.

والثاني: أنه يستحبُّ كونُ الرمي بين غَرَضَيْنِ متقابلَين يرمي المُتَـنَاضلانِ، أو الجريان مِنْ عندِ أحدِهما إلىٰ الآخَر، ثم يأتيانِ الثاني، ويلتقطانِ السهامَ، ويرميان إلىٰ الأول.

ثم نصّ الشافعي والأصحاب، رحمهمُ ٱلله: أَنه إذا بدأ أحدُهما بالشَّرْطِ، أو بالقُرعةِ، أو بإخراجِ المالِ، ثم انتهيَا إلىٰ الغَرَض الثاني، بدأ الثاني في النَّوبة الثانية، وإنْ كان الغَرضُ واحداً، وحينئذ فيتصلُ رميهُ في النوبة الثانية برميِهِ في النَّوْبةِ الأولىٰ.

فَرْعٌ: إذا قلنا: يقرعُ للابتداء، هل يدخلُ المحلِّل في القُرعة إذا أخرجا المالَ؟ وجهانِ.

---

(١) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٢٥٧).
(٢) في (ظ)، والمطبوع: « الأولىٰ »، خطأ. المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٢ / ٢٠٣).



وإذا ثبتَ الابتداءُ لواحِدٍ، فرمىٰ الآخَرُ قبلَه، لم يُحْسَبْ له إنْ أصابَ، ولا عليه إنْ أخطأَ، ويرمي ثانياً عند انتهاءِ النوبة إليه.

الشَّرْطُ الخامِسُ: تَعْيينُ الرُّماة، فلا يصِحُّ العقدُ إلاَّ علىٰ رامِيَين مُعَيَّنين، أو رُماةٍ مُعَيَّنين، وتجوزُ المُناضَلة بين حِزْبَين[1] [١١٩٣ / أ] فصاعداً، ويكونُ كُلُّ حزبٍ في الخطأ والإصابة، كالشخصِ الواحِدِ، ومنعَ ابْنُ أبي هُريرةَ جوازَ الحزبَين؛ لئَلاَّ يأخذَ بعضُهم برمي بعضٍ، والصحيح: الجوازُ، وليكُنْ لكلِّ حِزْبٍ زَعيمٌ يعيِّنُ أصحابَه، فإذا تراضَيا، توكَّلَ عنهم في العقد، ولا يجوز أَنْ يكونَ زعيمُ الحزبَين واحِداً، كما لا يجوزُ أَنْ يتوكَّلَ واحِدٌ في طرفَي البيع، ولا يجوزُ أن يعقدا قَبْلَ تعيينِ الأعوانِ، وطريقُ التعيينِ: الاختيارُ بالتراضي، فيختار زعيمٌ واحداً، ثم الزعيمُ الآخَرُ في مقابلته واحداً، ثم الأولُ واحِداً، ثم الثاني واحداً، وهٰكذا حتَّىٰ يستوعبوا، ولا يجوز أَنْ يختارَ واحدٌ جميعَ الحزبِ أوَّلاً؛ لأنه لا يؤمنُ أَنْ يستوعِبَ الحُذَّاق، ولا يجوزُ أَنْ يُعَيِّنا الأعوانَ بالقُرعة؛ لأنها قد تجمعُ الحُذَّاق في جانب، فيفوت[2] مقصود المناضلة؛ ولهٰذا لو قال أحدُ الزعيمَين: أنا أختارُ الحُذَّاقَ وأُعطي السَّبَقَ، أو الخُرْقَ[3] وآخُذُ السَّبَقَ، لا يجوزُ، ولأنَّ القُرعةَ لا مدخلَ لها في العقود، ولهٰذا لا تجوزُ المناضَلَةُ علىٰ تعيين[4] مَنْ خرجَتِ القرعةُ عليهم. وقال الإمامُ[5]: لا بأس به؛ لأنَّ القُرعةَ بعد تعديلِ الخِصَصِ والأقساطِ معهودة، والذي قطعَ به صاحبا « المهذَّب »[6]، و« التهذيب »[7]، وغيرُهما: المنعُ، ونَصَّ في « الأم » أنهما لو تناضَلا علىٰ أَنْ يختارَ كُلُّ واحدٍ ثلاثةً، ولم يُسَمِّهم، لم يَجُزْ، وأنه يشترطُ كلّ واحد مَنْ يرمي معه؛ بأن يكون حاضِراً، أو غائباً يعرفُهُ، واحتجَّ القاضي أبو الطيِّب بظاهره؛ أنه تكفي معرفةُ الزعيمَين، ولا يعتبرُ أَنْ يعرفَ الأصحابُ بعضُهم بعضاً، وابتداءُ أَحَدِ الحزبين بالرمي كابتداءِ أَحَدِ الشخصَين ..

---

(١) حزبين: أي: جماعتين.

(٢) في المطبوع: « فيفوق »، تحريف.

(٣) الخُرْق: جمع أخْرَق، مثل أحمر وحُمْر.

(٤) في المطبوع: « تعين ».

(٥) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٢٨٥ ـ ٢٨٦).

(٦) انظر: (المهذب: ٣ / ٦٠٢).

(٧) انظر: (التهذيب: ٨ / ٩٥).

ولا يجوزُ أَنْ يشرطا أنه يتقدَّمُ من هٰذا الحزب فلانٌ، ويقابلُه من الحِزْب الآخَر فلان، ثم فلان؛ لأن تدبيرَ كُلِّ حزبٍ إلىٰ زعيمهم، وليس للآخَر مشاركتُهُ فيه.

فروعٌ ثلاثَةٌ:

أحدُها: حَضَرَهُم غريبٌ، فاختارَه أحَدُ الزعيمَين، وظنَّه يُجيدُ الرميَ، فبانَ خلافُهُ، نُظِرَ:

إنْ لم يُحْسِنِ الرميَ أصلاً، بَطَلَ العقدُ فيه، وسقطَ من الحزبِ الآخَر واحِد بازائِهِ، وهل يبطلُ العقدُ في الباقي؟ فيه قَوْلا تَفريقِ الصَّفْقةِ.

وقيل: يَبْطُلُ قطعاً، فإنْ قلنا: لا يَبْطُلُ، فللحزبَين خيارُ الفسخ للتبعيض؛ فإنْ أجازوا، وتنازَعوا في تعيينِ مَنْ يجعلُ في مقابلته، فسخَ العقدُ؛ لتعذُّر إمضائِهِ، وإنْ بانَ أنه ضعيفُ الرمي، أو قليلُ الإصابةِ، فلا فسخَ لأصحابه، ولو بانَ فوقَ ما ظنُّوه، فلا فسخ للحزب الآخَر، هٰكذا أطلقوه، وينبغي أَنْ يكونَ فيه الخلافُ السابقُ في أنه هل يشترطُ كونُ المتناضِلين مُتَدانِيين؟ وقد يستدلُّ بإطلاقهم علىٰ أَنَّ الأصَحَّ: أنه لا بأسَ بهٰذا التفاوُتِ. وذكر الشيخ أبو محمد أن من فوائِدِ المسألة؛ أَنَّ المجهولَ الذي لم يختبرْ يجوزُ إدخالُه في رجالِ المناضَلة.

قال: وكان لا يبعدُ منعُه؛ للجَهالة العظيمةِ، لٰكن نَصّ الشافعيُّ - رَحِمَهُ اللهُ - علىٰ جوازه، فلو تناضَل غريبانِ لا يعرفُ واحِدٌ منهما صاحِبَه، حكمَ بصحَّةِ العقد؛ فإنْ بانَ أنهما، أو أحدُهما لا يحسنُ الرميَ، بَطَلَ العقدُ، وإنْ بانَ أَنَّ أحدَهما أَخْرَقُ، لا يقاومُ الآخَرَ، ففي تبيُّنِ بطلان العقدِ الوجهانِ السابقانِ فيما لو عاقَ ناضِلٌ[١] أَخْرَقَ [١١٩٣ / ب].

الفرعُ الثاني: يشترطُ استواءُ الحِزْبَين في عَدَدِ الأَرْشاقِ والإصاباتِ، وأمَّا عددُ الحزبَين والأَحزابِ فوجهانِ.

أحدُهما، وبه قطع الإمامُ[٢]، والغزاليُّ: لا يشترطُ؛ بل يجوزُ أَنْ يكونَ أَحَدُ

---

(١) في (ظ، أ)، والمطبوع: « فاضل »، تحريف، المثبت من (س)، موافق لما في (فتح العزيز: ١٢ / ٢٠٧)، و(نهاية المطلب: ١٨ / ٢٨٥).

(٢) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٢٨٤).

الحِزْبَين ثلاثةً، والثاني أربعةً، والأَرشاق مِئة علىٰ كلِّ حِزْبٍ، وأَنْ يرامِيَ رجلٌ رجلَين، أو ثلاثةً، فيرمي هو ثلاثةً، وكُلُّ واحدٍ منهم واحداً[(١)].

والثاني، وبه قطع صاحبا « المهذَّب »[(٢)]، و« التهذيب »[(٣)]، وغيرُهما: يشترطُ؛ لأن به يحصلُ الحَذقُ، فعلىٰ هـٰذا: يشترطُ كونُ عددِ الأَرْشاق تنقسِمُ صحيحاً علىٰ الأحزاب، فإِنْ كانوا ثلاثةَ أحزابٍ، فليكن للأرشاق ثُلثٌ صحيحٌ، وإنْ كانوا أربعةً، فربُعٌ صحيحٌ.

الثالثُ: مَنِ التزم السَّبَقَ من الزعيمَين، لَزِمَهُ، ولا يلزمُ أصحابَه إلاَّ أَنْ يلتزموا معه، أو يأذنوا له أَنْ يلتزمَ عنهم، وحينئذ يوزَّعُ علىٰ عددِ الرؤوس.

وإذا فَضَلَ أَحَدُ الحزبَين فهل يوزَّع المال علىٰ عدد رؤوسهم، أم علىٰ عددِ الإصابات؟ وجهانِ.

الصحيحُ: الأولُ، ومنهم مَنْ قطعَ به، فإِنْ قلنا بالإصاباتِ، فمن لم يُصِبْ، لا شيءَ له، هـٰذا إذا أطلقوا العقدَ، فإِنْ شرطوا أَنْ يقتسموا علىٰ الإصابة، فالشرطُ متبع، وفيه احتمالٌ للإمامِ.

الشرطُ السادسُ: تَعْيين الموقِفِ، وتَساوي المتناضِلين فيه، فلو شرطَ كون موقفِ أحدِهما أقرب، لم يَجُزْ، ولو قَدَّم أحدُهما أحدَ قدمَيه عند الرمي، فلا بأسَ، وإذا وقفَ الرُّماةُ صَفّاً، فالواقِفُ في الوسطِ أقربُ إلىٰ الغَرَض، لـٰكن هـٰذا التفاوت مُحتملٌ بالاتفاقِ، ولم يشترطْ أَحَدٌ تناوُبَ الرُّماة علىٰ الموقِفِ؛ للمشقَّة في الانتقالِ، وقد نصّ في « الأم »: أَن عادةَ الرماةِ أَنَّ الراميَ الثاني قد يتقدَّمُ علىٰ الأولِ بخطوة، أو خطوتين، أو ثلاث، قال الأصحابُ: إِنْ لم تطردْ هـٰذه العادة؛ بل كانوا يفعلونها تارةً دون تارةٍ لم تعتبر، وإلاَّ فوجهان.

فإِنْ اعتبرت ولم تختلفِ العادة في عددِ الأقدام، رُوعي ذٰلك، وإِنِ اختلفَتْ، اعتبرَ الأقَلّ.

---

(١) في (ظ): « واحد ».
(٢) انظر: (المهذب: ٣ / ٦٠٢).
(٣) انظر: (التهذيب: ٨ / ٩٥).

فَرْعٌ: تنافسوا في الوقوف في وسطِ الصفِّ، قال الإمامُ[1]، والغزاليُّ: هو كالتنافُسِ في الابتداءِ، والذي قطعَ به الجمهورُ: أن الاختيارَ لمن له الابتداءُ، فمنِ استحقّ الابتداء بشرطٍ، أو غيرِهِ يختارُ المكانَ، فيقفُ في مقابلته، أو مُتَيامِناً، أو مُتَياسِراً كيف شاء، وليحملْ ما ذكرَهُ الإمامُ عليه، وإذا وقفَ، وقفَ الآخَرُ بجنبه يميناً، أو شِمالاً، فإن لم يرضَ إلاَّ بأَنْ يقفَ عند الرمْيِ في موقفِ الأولِ، فهل له أَنْ يزيلَهُ عن موقفه ؟ وجهان.

ولو رَمَيا بين غَرَضَين، فانتهيا إلىٰ الغَرَض الثاني، فالثاني كالأولِ يقفُ حيث شاء، فإِنْ كانوا ثلاثةً، قال أبو إسحاقَ: يقرعُ بين الآخرين عند الغرَضِ الثاني، فمَنْ خرجَتْ له القُرْعَةُ، وقفَ حيثُ شاء، ثُمَّ إذا عادوا إلىٰ الغَرَضِ الأولِ بدأ الثالثُ بلا قُرعة، ويقفُ حيثُ شاء، وحكي قولٌ آخر: أنهما حيثُ تنازعا في الموقفِ، يحملانِ علىٰ عادةِ الرُّماة إنْ كان لهم في ذٰلك عادةٌ مستمرَّةٌ.

فَرْعٌ: لو رَضُوا بعد العقد بتقدُّمِ واحد، نُظِرَ:

إِنْ تقدَّم [١١٩٤ / أ] بقَدْرٍ يسيرٍ، جاز، وإِنْ كان أكثرَ، فلا.

ولو تأَخَّر واحِدٌ برضا الآخَرين، لم يَجُزْ علىٰ الأصحِّ.

ولو اتفقوا علىٰ تقدُّمِ الجميع، أو تأخُّرِهم، أو تَعيين عَدَدِ الأرشاقِ بالزيادة والنقصِ، بُني علىٰ أَنَّ المسابَقة والمُناضَلة جائزتانِ، أم لازمتان ؟

فَرْعٌ: لو قال أحدُهما: ينصبُ الغَرَض بحيثُ يستقبل الشمس، وقال الآخَرُ: بل يستدبِرُها، أجيبَ الثاني؛ لأنه أصلحُ للرمْيِ.

الطرفُ الثاني: في أَحْكامِ المُنَاضَلَةِ

وفيه فصلانِ.

أحدهما: فيما يتعلَّق به استحقاقُ المال، وفيه مسائِلُ.

إحداها: إذا شرطَ في العقدِ الإصابة، أو القَرْع، لم يشترطِ التأثير بالخَدْشِ، والخَرْق ولا يضرُّ[2]، فيحسبُ ما أصابَ، وارتدَّ بلا تأثيرٍ، وما أَثَّرَ بِخَسْقٍ، وغيرِهِ.

---

(١) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٢٧٩).

(٢) قوله: « ولايضرُّ »، لم يرد في مطبوع (فتح العزيز: ١٢ / ٢١٠).

ولو كان الشَّنُّ بالياً، فأصابَ موضِعَ الخَرْق منه حُسِبَ، ذكره البغويُّ[١]. وقد يجيء فيه وجهٌ؛ لأنه لم يُصِبِ الغَرَضَ.

ثم يحتاجُ إلىٰ معرفةِ ما يصابُ، وما يُصيب به؛ أَمَّا الأولُ؛ فإنْ ذكرَ إصابة الغَرَضِ، حسبَ ما أصابَ الجِلْدَ، والجَرِيْدَ: وهو الدائِرُ علىٰ الشَّنِّ، والعُرْوَةَ: وهي: السَّيْرُ، أو الخَيطُ المشدودُ به الشَّنُّ علىٰ الجريدِ، فَكُلُّ ذٰلك مِنَ[٢] الغرض.

وفيما يعلَّقُ به الغَرَضُ، قولانِ.

أظهرُهما، وأشهرُهما: أنه ليس من الغَرَضِ. فإِنْ ذكرَ إِصابة الشَّنِّ، لم تحسبْ إِصابة الجَرِيد والعُروة، وإِنْ ذكرا إصابة الخاصِرَةِ: وهي يَمينُ الغَرَضِ، أو يَسَارُهُ، لم تحسبْ إصابة غيرِهما.

وأَمَّا ما يصيبُ من السهْمِ؛ فالاعتبارُ بالنَّصْلِ، فلا تحسبُ الإصابةُ بفُوْقِ السهم[٣]، وعَرْضِهِ؛ لأنها تَدُلُّ علىٰ سوء الرمي، وتحسبُ هٰذه الرميةُ عليه من العدَد.

وقيل: إذا أصابَ بالفُوْقِ لا تحسَبُ عليه، وهو شاذٌّ.

وإنْ كان الاستحقاقُ معلَّقاً بإصابةٍ مقيَّدةٍ كالخَسْقِ، وغيره، فالحكمُ فيما يصابُ، ويصابُ به كما ذكرنا لا يختلفُ.

ولو انصدم السهمُ بجدارٍ، أو شجرةٍ، ونحو ذٰلك، ثم أصابَ الغَرَضَ، أو انصدمَ بالأرضِ، ثم ازدلفَ[٤]، وأصابَ الغَرَضَ، حُسِبَ له علىٰ الأصحِّ عند العراقيين والأكثرين.

وقيل: لا يحسبُ.

---

(١) انظر: (التهذيب: ٨ / ٩١).

(٢) كلمة: «منْ»، ساقطة من المطبوع.

(٣) **الفُوق**: وزان قُفْل: موضعُ الوترِ من السهم، وهو الفرض المحزوز (النظم المستعذب: ١ / ٤٢١).

(٤) **ازدلف السهمُ**؛ أي: اقتربَ، وأصله التاء فأبدلت دالاً، والمعنىٰ: أنه ارتفع من الأرض لشدة وقعه عليها، فأصاب الغَرَضَ.

وقيل: المُزْدلفُ: أنْ يقع دونَ الغَرَضِ علىٰ الأرضِ، ثم يَثِبَ إلىٰ الغَرَضِ (النظم المستعذب: ١ / ٤٢١)، وانظر: (البيان: ١٢ / ٤٤٥).

وقال أبو إسحاق: إنْ أعانَتْهُ الصدْمةُ وزادَتْه حِدَّةً، لم يحسَبْ، وإلاَّ فيحسبُ.

وإنِ ازدلفَ، ولم يُصِبِ الغَرَضَ، حُسِبَ عليه على الأصحِّ.

المسألةُ الثانيةُ: إذا شرطَ الخَسْق، فأصابَ السهمُ الغَرَضَ وثَقَبَهُ، وتعلَّقَ النَّصْلُ به، وثَبَتَ، فهو خَسْقٌ، ولا يَضُرُّ سقوطُه بعد ما ثَبَتَ، كما لو نزعَهُ غيرُه، وإنْ خَدَشَهُ، ولم يَثْقُبْهُ فليس بخاسِقٍ، وإن ثَقَبَهُ، ولم يَـثْـبُتْ فقولانِ، ويقال: وجهان.

أظهرهما: ليس بخاسِقٍ؛ لما سبق في تفسيرِ الخَسْقِ.

ولو ثَقَبَ، وَمَرَقَ، فهو خاسِقٌ على المذهب والمنصوص.

وقيل: قولان.

ولو أصاب السهمُ طرفَ الغَرَضِ فَخَرَمَهُ، وثبتَ هناك، فهل يحسبُ خاسِقاً؟ قولانِ.

أظهرُهما: نَعَمْ، وفي موضعِ القولَين طرُقٌ.

أصحُّها[١]: أنهما فيما إذا كان بعضُ جِرْمِ النَّصْلِ خارجاً، فإنْ كان كُلُّهُ داخلاً، فهو خاسِق قطعاً.

والثاني: أنه إنْ كان بعضُه خارجاً، فليس بِخاسِقٍ قطعاً [١١٩٤ / ب] وإنما القولانِ إذا بقيَتْ طُفْيَةٌ، أو جُلَيْدةٌ تحيطُ بالنَّصْل، والطُّفْية: الواحدةُ من الخُوْصِ.

والثالث: أنه إنْ أَبَانَ مِنَ الطرفِ قطعةً لو لم يُبِنْها، لكان الغَرَضُ مُحيطاً بالنصْلِ، فهو خاسِقٌ قطعاً، والقولانِ فيما إذا خرمَ الطرفَ لا على هـٰذا الوجه.

والرابع: أنه إنْ خَرَمَ الطرفَ، فليس بخاسِقٍ قطعاً، وإنما القولان إذا خَرَمَ شيئاً من الوسَطِ، وثَبَتَ مكانَهُ، وهـٰذا أضعفُها.

وقال القَفَّالُ: إنْ كان بين النَّصْلِ والطرفِ[٢]؛ لـٰكنه تشقَّقَ، فانْخَرَمَ[٣]، ليُبوسةِ الشَنِّ، ونحوها، فهو خاسِقٌ.

---

(١) في (ظ، س): « أصحهما ».

(٢) في (فتح العزيز: ١٢ / ٢١٢) زيادة: « شيء ».

(٣) في المطبوع: « فالخرم »، تحريف.

ولو فرضَ ما ذكرنا من إصابة الطرَفِ، والمشروطُ القَرْعُ، أو الإصابةُ دونَ الخَسْقِ فطريقانِ.

أحدهما: طَرْدُ القولَين.

ولو وقعَ السهمُ في ثُقْبَةٍ قديمةٍ وثَبَتَ، فهل يحسبُ خاسِقاً؟ وجهانِ.

أحدهما: لا؛ لأنَّ النَّصْلَ صادفَ الثّقْبَ فلم يَخْسِقْ.

وأصحُّهما: نَعَمْ؛ لأنَّ السهمَ في قُوَّتِهِ ما يَخْرِقُ لو أصاب موضِعاً صحيحاً، ومقتضىٰ هـٰذا: أَنْ لا يجعلَ خاسِقاً إذا لم تعرفْ قوة السهم، ويوضِّحُهُ أَنَّ الشافعيَّ رَحِمَهُ اللَّهُ قال: لو أصابَ موضِعَ خَرْقٍ[1] في الغَرَضِ، وثبتَ في الهدفِ كان خاسِقاً، فقال الأصحابُ: أراد إذا كان الهدَفُ في قوَّة الغَرَضِ، أو أصلبَ منه؛ بأَنْ كان من خَشَبٍ، أو آجُرٍّ، أو طينٍ يابسٍ؛ فإنْ لم يكن؛ بل كان تُراباً، أو طِيناً لَيِّناً، لم يحسَبْ له، ولا عليه؛ لأنه لا يدري هل كان يَثْبُتُ لو أصابَ موضِعاً صحيحاً، أم لا؟

وفي « الحاوي » وجه: أنه لا يُحْسَبُ خاسِقاً، وإنْ كان الهدَفُ في قوَّةِ الغرضِ.

أمَّا إذا خَدَشَ النصْلُ موضِعَ الإصابة، وخرقَ بحيثُ يثبتُ فيه مثلُ هـٰذا السهمِ؛ لكنّه رجع؛ لِغِلَظٍ لقيَهُ من حَصَاةٍ، أو نَوَاةٍ، فيحسبُ خاسِقاً علىٰ الأظهر، وبه قطع البغويُّ[2].

وفي قول: لا يحسبُ له، ولا عليه.

ولو اختلفا، فقال الرامي: خَسَقَ لـٰكن لم يثبُتْ، لغلظٍ لقيه، وأنكرَ الآخَر؛ فإنْ كان فيه خُروقٌ ولم يعلمْ موضع الإصابة، فالقولُ قولُ الآخَر؛ لأن الأصلَ عَدَمُ الخَسْقِ، والخَدْشِ. وكذا الحكمُ لو عَيَّنَ الرامي موضعاً، وقال: هـٰذا الخَرْقُ حصل بسهمي، وأنكرَ صاحبُه.

ثم إنْ فتّشَ الغَرَض، فلم يوجَدْ فيه حصاةٌ، ولا ما في معناها، لم يحلَّفْ، وإنْ

---

(١) في المطبوع: « خَرْق »، وانظر: (النهاية: ١٨ / ٢٦٣، ٢٦٤).

(٢) انظر: (التهذيب: ٨ / ٩٣).

وجدَ فيه مانع، حلفَ، وإذا حلفَ، لم يحسَبْ للرامي، وهل يحسَبُ عليه ؟ وجهانِ.

أصحُّهما: لا.

وإنْ علمَ موضعَ الإصابة، ولم يكن هناك مانِع، أو كان، ولم يؤثِّرِ السهمُ فيه بخَدْشٍ، وخَرْقٍ، صُدِّقَ بلا يمين، وحُسبَتِ الرميةُ علىٰ الرامي، وإنْ قلنا: الخَرْقُ بلا ثبوتٍ خَسْقٌ، حسبَ خاسِقاً بلا يمين، وإلاَّ، فلا يحسبُ له، ولا يحسبُ عليه أيضاً علىٰ الأصحِّ.

ولو مَرَقَ سَهْمٌ، وثبتَ في الهدَفِ وعلىٰ النَّصْلِ قطعةٌ من الغَرَضِ، فقال الرامي: هٰذه القطعةُ أبانَها سهمي؛ لقوَّتِهِ، وذهبَ بها، فقال الآخَر: بل كانتِ القطعةُ مبانَةً قبلَه، فتعلَّقَتْ بالسهم، فالقولُ قولُ الآخَر، نصَّ عليه في « الأم »؛ لأن الأصْلَ عَدَمُ الخَسْقِ.

قال الشيخ أبو حامد: هٰذا إذا لم نجعلِ الثبوتَ في الهدف كالثبوتِ في الغَرَضِ، فإنْ جعلناه، فلا معنىٰ لهٰذا الاختلافِ.

المسألةُ الثالثةُ: إذا تناضَلا مُبَادَرَةً، وشرطا المالَ لمن سبقَ إلىٰ إصابةِ عَشَرَةٍ من مئةٍ مثلاً، فسبقَ أحدُهما إلىٰ الإصابة المشروطةِ قبل كمالِ عددِ الأَرْشاقِ؛ بأَنْ رمىٰ كُلُّ واحدٍ منهما خمسينَ [١١٩٥ / أ] وأصابَ أحدُهما منها عَشَرَةً، والآخَرُ دونها، فالأولُ ناضِلٌ، وقد استحقَّ المالَ، وهل يلزمُهُ إتمامُ العملِ ؟ فيه طريقانِ.

المذهبُ، وبه قطع الجمهورُ: لا يَلْزَمُ؛ لأنه تَمَّ العملُ الذي تعلَّقَ به الاستحقاقُ، فلا يلزمُهُ عملٌ آخَرُ.

والثاني: فيه وجهان، حكاهُما الإمامُ(١)، والغزاليُّ.

ثانيهما: يلزمُهُ، لينتفعَ صاحبُهُ بمشاهدةِ رَمْيه ويتعلَّمَ منه.

ولو تناضَلا مُحَاطَّةً، وشرطا المالَ لمن خلصَ له عَشَرَة من مِئة، فرمىٰ كُلُّ واحدٍ خمسينَ، وأصابَ أحدُهما في خمسَةَ عَشَرَ، والآخَرُ في خمسةٍ، فقد خلصَ للأول عَشَرَةٌ، هل يستحقُّ بها المالَ، أم يتوقَّفُ الاستحقاق علىٰ استكمال الأَرْشاقِ ؟ وجهانِ.

---

(١) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٢٥٣).

أحدُهما: يستحقُّ بها، كالمُبادرة.

والثاني، وهو الصحيحُ: لا يستحقُّ؛ لأنَّ الاستحقاقَ منوطٌ بخُلُوصِ عَشَرَةٍ من مِئة، وقد يصيبُ الآخَرُ فيما بقي ما يمنعُ خلوصَ عَشَرَةٍ للأول، بخلافِ المُبادَرة؛ فإنَّ الإصابةَ بعدَها لا ترفعُ ابتدارَ الأولِ إلىٰ ذٰلك العددِ؛ فإنْ قلنا بهٰذا، وجبَ إتمامُ الأَرْشاق، وإنْ قلنا بالأولِ، وأنه لا حَطَّ[1] بعد خُلوص العددِ المشروط، فهل للآخَر أَنْ يُكَلِّفَه إتمامَ العمل؟ فيه الطريقانِ في المُبادَرة. ويجري الخلافُ في كل صورةٍ يتوقَّعُ الآخَر منع الأولِ من خُلوص المشروط، أو نَضْله[2]، كما إذا شرطا خلوصَ خمسةٍ من عشرينَ، فرمىٰ كُلُّ واحد خمسةَ عَشَرَ، وأصابَ أحدُهما عشرةً، والآخَرُ ثلاثةً؛ لأنهما إذا استكملا الأَرشاقَ، فقد يصيبُ الآخَرُ في الخمسة الباقية، ولا يصيبُ الأولُ في شيء منها، فلا يخلص له عَشَرَة، فلو كانت الصورةُ بحالها، وأصابَ الأولُ في عَشَرَةٍ من خمسةَ عَشَرَ، ولم يُصِبِ الآخَرُ في شيء منها، فلا يرجو الآخَرُ منعَ الأولِ من الخُلوص، فيثبت له استحقاقُ المالِ في الحال قطعاً.

قال البغويُّ[3]، وغيرُهُ: ولا يلزمُهُ إتمامُ الأَرْشاقِ، ولا يشكُّ أنه يجيء فيه الخلافُ المذكورُ في المبادَرَة.

ولو رمىٰ أحدُهما، والشرطُ المبادَرَة في المثال المذكور خمسينَ، وأصابَ عَشَرَةً، ورمىٰ الآخَرُ تسعةً وأربعينَ، وأصابَ تسعةً، فالأولُ ليس بناضِلٍ؛ بل يرمي الآخَرُ سهماً آخَرَ؛ فإنْ أصابَ، فقد تساوَيا، وإلَّا فقد ثَبَتَ الاستحقاقُ للأول.

ولو أصابَ الأولُ من خمسينَ عَشَرَةً، والآخَرُ مِنْ تسعةٍ وأربعينَ ثمانيةً، فالأولُ ناضِل؛ لأن الآخَرَ وإنْ أصابَ في رميته الباقية لا يساوي الأولَ، ويظهرُ بالصورتين أَنَّ الاستحقاقَ لا يَحْصُلُ بمجرَّدِ المَبَادَرة إلىٰ العددِ المذكورِ؛ بل يشترطُ مع الابتدارِ مساواتُهما في عَدَدِ الأَرْشاقِ، أو عَجْز الثاني من المساواة في الإصابةِ، وإنْ ساواه في عددِ الأرشاق.

ولو خلصَ لأحدهما في المُحَاطَّةِ عَشَرَةٌ من خمسينَ، ورمىٰ الآخَرُ تسعة

---

(١) في (فتح العزيز: ١٢ / ٢١٥): « لاحظَّ ».
(٢) في المطبوع: « نصله »، تصحيف.
(٣) انظر: (التهذيب: ٨ / ٨٦).

وأربعين، ولم يُصِبْ في شيء منها، فله أَنْ يرميَ سهماً آخَرَ، فلعلّه يصيبُ فيه، فيمنع خلوص عشرِ إصاباتٍ للأولِ.

فَرْعٌ: إذا قال رجلٌ لرام: ارْمِ خمسةً عني، وخمسةً عن نفسكَ، فإِنْ أصبْتَ في خمستِكَ، أو كان الصوابُ فيها أكثرَ، فلك كذا، أو قال: ارمِ عَشَرَةً، واحدةً عنك، وواحدةً عني، فإِنْ كانت إصابتُكَ فيما رميْتَ عنك أكثرَ، فلك كذا، لم يَجُزْ، نصَّ عليه في « الأم »؛ لأن المناضَلَةَ عقدٌ، فلا يكون إلَّا بين نفسَين، كالبيعِ وغيرِه، ولأنه قد يجتهدُ في حَقِّ نفسِه دون صاحبه.

ولو قال: ارْمِ عَشَرَةً؛ فإِنْ كان صوابُك منها أكثرَ، فلك كذا، فظاهِرُ ما نقلَه المُزَنِيُّ: أنه لا يجوزُ[1]، [١١٩٥ / ب] وأشار إلىٰ[2] تعليله؛ بأنه يناضِلُ نفسَه، فوافقه طائفة من الأصحاب، وخالفه الجمهورُ، وقالوا: هو جائز، وحكَوه عن نصِّه في « الأم »، وعلَّلوه بأنه بذلُ المال علىٰ عوضٍ معلومٍ، وله فيه غرضٌ ظاهِر، وهو تحريضُه علىٰ الرميِ ومشاهدَةُ رميه، قالوا: وليس هو بِنِضَالٍ، بل هو جُعالةٌ.

ثم مِنْ هـٰؤلاء مَنْ غلَّطَ المزنيَّ في الحكم والتعليل، ومنهم من تأوَّله علىٰ ما لو قال: ارمِ كذا؛ فإِنْ كان صوابُك أكثرَ، فقد نَضَلْتَني، فهـٰذا لا يجوزُ؛ لأن النضالَ إنما يكونُ بين اثنين.

فإِنْ قلنا بالجوازِ، فرمىٰ ستةً، وأصابها كُلَّها، فقد ثبتَ استحقاقُهُ، وللشارِط أَنْ يكلِّفه استكمالَ العشرةِ علىٰ المذهب؛ لأنه علَّق الاستحقاق بعشرةٍ إصابتها أكثر.

ولو قال لمترامِيين: ارْمِيا عَشَرَةً، فمن أصابَ منكما خمسةً، فله كذا، جازَ.

ولو قال رجلٌ لآخَرَ: نرمي عَشَرَةً، فإن أصبتَ في خمستكَ، فلك كذا، وإِنْ أصبتُ أنا، فلا شيء لي عليكَ، جازَ أيضاً.

وإِنْ قال: وإِنْ أصبتُ في خمستي، فلي عليك كذا، لم يَجُزْ إلَّا بمحلِّلٍ.

ولو قال: ارْمِ سهماً؛ فإِنْ أصبتَ، فلك كذا، وإن أخطأتَ، فعليك كذا، فهو قِمار.

---

(١) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٢٧٧).

(٢) في المطبوع: « في ».

فَرْعٌ: لو كانوا يتناضلون، فمرَّ بهم رجلٌ، فقال لمن انتهتِ النوبةُ إليه وهو يريدُ الرمي: ارْمِ؛ فإنْ أصبْتَ بهـٰذا السهم، فلك دينارٌ، نَصَّ الشافعيُّ، رَحِمَهُ اللهُ: أنه إذا أصابَ، استحقَّ الدينارَ، وتكونُ تلك الإصابةُ محسوبةً من معاملته التي هو فيها، قال الأصحاب؛ قياساً علىٰ هـٰذا: لو كان يناضِلُ رجلاً، والمشروطُ عَشْرُ قَرعاتٍ، فشرطَ أَنْ يناضِلَ بها ثانياً، ثم ثالثاً إلىٰ غير ضبطٍ، وإذا فازَ بها، كان ناضِلاً لهم جميعاً، جازَ.

قال الإمامُ[١]: هـٰذا دليلٌ علىٰ انقطاعِ هـٰذه المعاملة عن مُضَاهاة الإجارة؛ لأنها لو كانت مثلَها لما استحقَّ بعمل واحد مالَين عن جهتين، وسببُ استحقاقِ المالِ فيها الشرطُ، لا رجوعُ العمل إلىٰ الشارط.

المسألةُ الرابعةُ: اختلفوا في تفسيرِ الحَابي، فقيلَ: هو السهمُ الذي يقعُ بين يَدَي الغَرَضِ، ثم يزحفُ إليه، فيصيبه. من قولهم: حَبَا الصبيُّ، وهو كالمزدلِفِ، إلاَّ أَنَّ الحابِيَ أضعفُ حركةً منه.

وقيل: هو الذي يصيبُ الهدَفَ حوالي الغرضِ.

وقيل: هو القريبُ من الهدَفِ، كأن صاحبَه يُحابي، ولا يريدُ إصابةَ الهدفِ، ويروىٰ هـٰذا التفسيرُ عن الرَّبيع[٢]، ولم يجعلْ كثيرٌ من الأصحاب الحَوَابِيَ صفةَ السِّهَام، لـٰكن قالوا: الرميُ ثلاثةٌ: المُبَادَرة، والمُحَاطَّةُ، والحَوَابي، وهو أَنْ يرميا علىٰ أَنْ يسقطَ الأقربُ والأسَدُّ الأبعَد، إذا ثبت هـٰذا، فلو شرطوا احتسابَ القريب من الغَرَضِ، نُظِرَ:

إِنْ ذكروا حَدَّ القُرْبِ مِنْ ذراعٍ، أو أقلَّ، أو أكثرَ، جاز، وصارَ الحَدُّ المضبوطُ، كالغَرَض، وصارَ الشَّنُّ في وسطهِ كالدَّارةِ.

وإِنْ لم يذكروا حَدَّ القُرْب، فإنْ كان هناك للرُّماة عادةٌ مُطَّردةٌ، حُمِلَ العقدُ عليها، كما تُحملُ الدراهمُ المُطلقة علىٰ النقدِ الغالِب، وإن لم تكنِ عادةٌ مُطَّردَةٌ فوجهانِ.

---

(١) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٢٧٨).

(٢) هو الربيع بن سليمان المراديُّ. قال المصنفُ في (تهذيب الأسماء واللغات: ١ / ٤٥٧): « الرَّبيعُ حيث أطلق في كتب المذهب، المراد به: المرادي، وإذا أرادوا الجيزيَّ قيَّدوه بالجيزيِّ ».

أصحُّهما: بطلانُ العقد؛ للجهَالة.

والثاني: الصحَّة، فعلىٰ هـٰذا وجهان.

أحدهما: يحملُ علىٰ أَنَّ الأقربَ يسقطُ الأبعدَ كيف كان.

والثاني: يحملُ علىٰ إسقاطِ البعيدِ، أو الأَقرب للأَبعدِ.

أمَّا إذا قالا: يرمي عشرين رِشْقاً علىٰ أَنْ يسقطَ الأقربُ الأبعدَ، فمن فَضَلَ له خمسةٌ، فهو ناضِل، فهو صحيحٌ [١١٩٦ / أ] والشرط متبعٌ.

وعن « الحاوي » ما يشيرُ إلىٰ خلافه، والمذهبُ: الأولُ؛ لأنه ضَرْبٌ مِنَ الرمي معتادٌ للرماة، وهو ضَرْبٌ مِنَ المُحَاطَّةِ، وحينئذٍ فإِنْ تساوَتِ السهامُ في القُربِ والبُعد، فلا ناضِلَ، ولا مَنْضُولَ. وكذا لو تساوىٰ سهمانِ في القرب، أحدُهما لهـٰذا، والآخَرُ للآخَر، وكان باقي السِّهام أبعد. ومهما كان بين سَهْمِ أحدِهما وبين الغَرَضِ قَدْرُ شِبْرٍ، وبين سَهْمِ الآخَر والغَرَض دونَ شِبْر، أسقطَ الثاني الأول؛ فإِنْ رمىٰ الأولُ بعد ذٰلك، فوقعَ أقربَ، أسقطَ ما رماه الثاني.

ولو وقعَ سهمُ أحدهما قريباً من الغَرَضِ، ورمىٰ الآخَرُ خمسةً، فوقعت أبعدَ من ذٰلك السهمِ، ثم عادَ الأولُ، فرمىٰ سهماً، فوقعَ أبعدَ من الخمسةِ، سقطَ هـٰذا السهمُ بالخمسةِ، وسقطتِ الخمسةُ بالأولِ.

ولو رمىٰ أحدُهما خمسةً، فوقعَتْ قريبةً من الغَرَضِ، وبعضُها أقربُ مِنْ بعضٍ، ثم رمىٰ الثاني خمسةً، فوقعَتْ أبعدَ من خمسةِ الأولِ، سقطَتْ خمسةُ الثاني بخمسةِ الأوَّلِ، ولا يسقطُ من خَمْسةِ الأولِ شيءٌ وإِنْ تفاوتَتْ في القُرب؛ لأنَّ قريبَ كُلِّ واحدٍ يُسقِطُ بَعيدَ الآخَر، ولا يسقطُ بعيد[1] نفسِه، هـٰذا هو الصحيح المنصوصُ وبه قطع الجمهورُ.

وقيل: يسقطُ بعيد نفسه، كما يسقطُ بعيدَ غيره.

ولو وقع سهمُ أحدِهما بقُرْبِ الغَرض، وأصابَ سهم الآخَرِ الغرضَ، فالمنقولُ أَنَّ الثاني يسقطُ الأولَ، كما يسقطُ الأقربُ الأبعدَ.

---

(١) في (ظ)، والمطبوع: « بعد »، خطأ.

ولك أَنْ تقولَ: إنْ[١] كان الشرطُ أَنَّ الأَسَدَّ، أو الأصوبَ يُسقطُ غيرَه، وأَنَّ الأقربَ يُسقِطُ الأبعدَ على معنى: الأقربِ إلى الصوابِ، فهذا صحيحٌ، وإِنْ كان الشرط[٢] أَنَّ الأقربَ إلى الغرض يُسْقطُ الأَبعدَ عنه، فينبغي أَنْ يتساوَيا.

ولو أصابَ أحدُهما الرُّقْعةَ في وسَط الغَرَض، والآخَرُ الغرضَ خارجَ الرُّقْعَة، أو أصابا خارجَ الرقعةِ، وأحدُهما أقرب إليها، فقد حكى الشافعيُّ رَحِمَهُ اللهُ عن بعض الرماة؛ أَنَّ الذي أصابَ الرقعةَ، أو كان أقربَ إليها يسقطُ الآخَرَ.

قال: والقياسُ عندي أنهما سواء، وإنما يُسقِطُ القريبُ البعيدَ إذا كانا خارجَين عن الشَّنِّ، وفي هذا تأكيدٌ لما استدركناه. وعَدَّ صاحبُ «الحاوي» المذهبين وجهَين، ونقلَ الشافعيُّ رَحِمَهُ اللهُ، عن بعض الرُّماة أنه قال: القريبُ الذي يُسقِطُ البعيدَ هو الساقِطُ، وهو السهمُ الذي يقعُ بين يَدَي الغَرَض، والعاضِدُ، وهو الذي يقعُ[٣] في اليمينِ، أو اليسَارِ دون الخارجِ، وهو الذي يتجاوزُهُ ويقعُ فوقَه.

قال الشافعيُّ: والقياسُ أنه لا فَرْقَ؛ لوقُوعِ اسم القريب [على الجميع. قال الإمامُ[٤]: وإذا شَرَطا احتسابَ القريب][٥] من الغَرَضِ؛ فالاعتبارُ بموضِع ثُبوتِ السهمِ واستقراره، لا بحالةِ المرور، حتَّى لو قَرُبَ مرورُهُ مِنَ الغَرَضِ، ووقع بعيداً منه، لم يحتسب به إلاَّ إذا شرطَ اعتبار حالة المرور. ولو شرطا أَنَّ ما أصابَ القِرْطَاس أسقطَ ما وقع حوالَيه، فقد حكى الإمامُ[٦]، والغزاليُّ في صحته قولين، حَكَيَاهُما عن نقل العراقِيِّين.

ووجهُ المنع بأنه تعسُرُ إصابةُ الوسَطِ، وقد يصيبُهُ الأَخْرَقُ اتفاقاً، وهذا النقلُ لا يكاد يوجد في كتب الأصحابِ، والمفهومُ من كلامهم القطعُ باتباعِ الشرطِ.

---

(١) في (ظ)، والمطبوع: «وإن».
(٢) في المطبوع زيادة: «الأول»، مُقحمة.
(٣) كلمة: «يقع»، ساقطة من (أ).
(٤) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٢٦٦ ـ ٢٦٧).
(٥) ما بين حاصرتين ساقط من (ظ)، والمطبوع، المثبت من (أ، س).
(٦) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٢٨٨).

الخامسَةُ: النَّكَبَاتُ: هي[١] التي تَطْرأُ عند الرمي، وتُهَوِّشُهُ[٢]، وذٰلك يَعُمَّ شرْطَ القَرْعِ، والخَسْقِ، وغيرِهما، والأصلُ أَنَّ السهمَ مَتَىٰ وقعَ مُباعداً تباعُداً مُفْرطاً؛ إِمَّا مُقصِّراً عن الغَرَضِ، وإِمَّا مُجَاوزاً له، نُظِرَ:

إن كان ذٰلك [١١٩٦ / ب]؛ لسُوء الرمي، حُسِبَ علىٰ الرامي، ولا يُرَدُّ إليه السهمُ ليرميَ به، وإِنْ كان لِنَكْبَةٍ عَرَضَتْ، أو خَلَلٍ في آلة الرمي بغيرِ تقصيرٍ مِنَ الرامي، فذٰلك السهمُ غيرُ محسوبٍ عليه، ويوضِّحُ هٰذا الأصل بصور.

إحداها: إذا عَرَضَ في مُرور السهمِ إنسانٌ، أو بهيمةٌ فمنعَ السهمَ، أو حدث في يده عِلَّةٌ، أو ريحٌ، أخَلَّتْ بالرمي، لم تحسَبْ تلك[٣] الرميةُ عليه؛ فيعيدُها؛ لأنّه معذورٌ.

ولو انقطعَ الوَتَرُ، أو انكسرَ السهمُ، أو القوسُ؛ إنْ كان بتقصيرِهِ، وسُوء رَمْيِهِ، حُسِبَ عليه، وإنْ كان لضعفِ الآلة، وغيرِهِ، لا لتقصيرِهِ وإساءَتِهِ، لم تُحْسَبْ، كما لو حدثَ في يده عِلَّةٌ، أو ريحٌ.

وقيل: إنْ وقعَ السهمُ عند هٰذه العَوارِضِ قريباً من الغَرَضِ، حُسِبَ عليه، حكاه الإمامُ[٤]، عن أبي إسحاق[٥].

وقيل: إنْ وقعَ السهمُ مُجَاوِزاً للغرض، حُسِبَ عليه؛ لأنَّ المجاوزة تدلُّ علىٰ أَنَّ العارِضَ لم يؤثِّرْ، وإنما هو لإساءَتِهِ، والأول: هو الصحيحُ المنصوصُ؛ لأنَّ الخَلَلَ يؤثِّر تارةً في التقصيرِ، وتارةً في الإسرافِ، فإنْ قلنا: تُحْسَبُ عليه، فلو أصابَ حُسِبَ له، وإنْ قلنا بالمنصوص: إنه لا يُحْسَبُ عليه، فأصاب، حُسِبَ له علىٰ الأصحِّ؛ لأنَّ الإصابة مع النَّكْبَةِ تَدُلُّ علىٰ جُوْدةِ الرمي.

---

(١) كلمة: « هي »، ساقطة من (س، أ).

(٢) **وتهوِّشه:** التَّهويشُ: الاختلاط. وجاء في (فتح العزيز: ١٢ / ٢١٩): « وتشوِّشه ». قال في المصباح: شَوَّشْتُ عليه الأمر تشويشاً: خلطْتُهُ عليه، فتشوَّش. وقال بعضُ الحُذاق: هي كلمة مولَّدة، والفصيحُ: هوَّشْتُ ».

(٣) قوله: « أو حدثَ في يده. . . . . . . لم تحسبْ تلك »، ساقط من المطبوع، وبدلُهُ فيه: « أو القوس إنْ كان لتقصيره وسوء رميه حسب عليه وإن ».

(٤) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٢٥٩).

(٥) **أبو إسحاق:** هو المَرْوزيُّ، إبراهيم بن أحمد. سلفت ترجمته.

ثم في « كتابِ ابْنِ كَجٍّ » أَنَّ الانقطاعَ والانكسارَ إنما يؤثِّرُ حدوثهُما قبل خُروجٍ[١] من القوسِ، وأمَّا بعدَه، فلا أثَرَ له.

وصوَّرَ البَغَويُّ[٢] انكسارَ السهمِ فيما[٣] إذا كان بعدَ خُروجه من القوسِ، وجعلَهُ عُذراً.

ولو انكسرَ السهمُ نصفَين بلا تقصيرٍ، وأصابَ أَحَدُ نصفَيه الغرضَ إصابةً شديدةً، فثلاثةُ أوجُهٍ.

أحدُها: لا تُحْسَبُ.

والثاني: تُحْسَبُ الإصابةُ بالنصفِ الأعلىٰ، وهو الذي فيه الفُوْقُ دون الذي فيه النَّصْلُ.

والثالث، وهو الصحيحُ، وبه قطع العراقيُّون، والأكثرونَ، وهو المنصوصُ: تُحْسَبُ الإصابةُ بالنصفِ الذي فيه النَّصْلُ دون الأعلىٰ.

ولو أصابَ بالنصفَين، لم تُحْسَبْ إصابتَين، وكذا لو رمىٰ سهمَين دَفعةً واحدةً، ذكره ابْنُ كَجٍّ.

ولو خادَ السهمُ عَنْ سَنَنِ الهَدَفِ، وخرجَ عن السِّمَاطَيْنِ، حُسِبَ عليه؛ لسُوءِ رَمْيه. ولو رمىٰ إلىٰ غيرِ الجهةِ التي فيها الهدَفُ، فهٰذا اشتغالٌ بغيرِ النِّضالِ الذي تعاقَدا عليه، فلا يُحْسَبُ عليه.

الثانيةُ: كان في الغَرَضِ سَهْمٌ، فأصابَ سَهْمُهُ فُوْقَ ذٰلك السَّهم، نُظِرَ:

إِنْ كان ذٰلك السهمُ تعلَّقَ به، وبعضُه خارِجٌ، لم يحسَبْ له؛ لأنه لا يدري هل كان يبلغُ الغَرَض لولا هٰذا السَّهم، ولا يحسبُ عليه أيضاً؛ لأنه عَرَضَ دون الغَرَضِ عارِضٌ؛ فإنْ شَقَّهُ، وأصابَ الغَرَضَ، حُسِبَ، وقد يجيءُ فيه الخلافُ السابقُ في البهيمة، فإنْ كان ذٰلك السهمُ قد غرقَ فيه، حسبَ إصابةً، وإنْ كان الشرطُ الخَسْقَ، لم يحسَبْ له، ولا عليه؛ لأنه لا يدري هل كان يَخْسِقُ، أم لا ؟ وينبغي أَنْ ينظرَ إلىٰ

---

(١) في المطبوع: « خروجه ».
(٢) انظر: (التهذيب: ٨ / ٩١ ـ ٩٢).
(٣) في المطبوع: « فيها ».

ثُبوته فيه، وتقاسُ صلابةُ ذٰلك السهم بصلابة الغَرَضِ، كما سبقَ نظيرُه. ولو أغْرَقَ الرامي[1]، وبالغَ في المَدِّ حتَّىٰ دخلَ النَّصْلُ مَقْبِضَ القوسِ، ووقعَ السهمُ عنده، فالنصُّ إلحاقُهُ بانكسارِ القوسِ، وانقطاعِ الوَتَر، ونحوِهما؛ لأنَّ سوءَ الرمي أَنْ يُصيبَ غيرَ ما قصدَهُ، ولم يوجَدْ هٰذا هنا.

وعن صاحب « الحاوي » [١١٩٧ / أ]: أنه يُحسَبُ عليه.

وقال ابْنُ القَطَّانِ: إنْ بلغَ مدىٰ الغرضِ، حُسِبَ عليه، وإلَّا، فلا.

الثالثةُ: الرِّيحُ اللَّيِّنَةُ، لا تؤثِّرُ، حتَّىٰ لو رَمىٰ زائِلاً عن المُسَامَتَةِ، فردَّتْهُ الريحُ اللَّيِّنَةُ، أو رَمْياً ضعيفاً، فقوَّتْهُ، فأصابَ، حُسِبَ له.

وإنْ صَرَفَتْهُ عن السَّمْتِ بعضَ الصَّرْفِ، فأخطأَ، حُسِبَ عليه؛ لأنَّ الجوَّ لا يخلو عن الريحِ اللَّينةِ غالباً، ويضعفُ تأثيرُها في السهم مع سُرعة مُروره.

وقيل: يمنعُ الاحتساب له، وعليه.

وقيل: يمنعُ الاحتساب عليه، والصحيحُ: الأولُ. ولو كانتِ الريحُ عاصِفَةً، واقترنَتْ بابتداء الرمي، فوجهانِ.

أحدُهما، وهو ظاهرُ النص، وبه أجاب الإمامُ[2]، والغزاليُّ: لا يؤثِّر؛ لأن ابتداءَ الرمي، والريحُ عاصِفَة تقصيرٌ، ولأن للرماة حَذقاً في الرمي وقتَ هُبوب الريح ليصيبوا، فإذا أخطأَ، فقد تركَ ذٰلك، وظهرَ سوءُ رَمْيِهِ.

وأصحُّهما، وهو قول ابْنِ سَلَمَةَ، وبه قطع العراقيونَ، وغيرُهم: لا يحسبُ له، إنْ أصابَ لقوَّة تأثيرها؛ ولهٰذا يجوزُ لكلّ واحدٍ تركُ الرمي إلىٰ أَنْ تَركُدَ، بخلاف اللَّيِّنَة.

ولو هَجَمَ هبوبُ العاصفة بعد خروج السهم من القوسِ، فَمُقتضىٰ الترتيب أن يقالَ: إنْ قلنا: اقترانُها مؤثِّرٌ، فهبوبُها أَوْلىٰ، وإلَّا فوجهان.

أحدُهما: أنها كالنَّـكَبَاتِ العارِضَةِ.

---

(١) أغْرَقَ الرامي في القوس: استوفىٰ مدَّها (المصباح: غ ر ق).
(٢) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٢٦١).



والثاني: المنعُ؛ لأن الجوَّ لا يخلو عن الريحِ، ولو فُتِحَ هٰذا البابُ، لتعلَّق به المُخطئون، وطالَ النزاعُ، والمذهبُ: أنه إِنْ أخطأَ في الهُجوم، لا يُحْسَبُ عليه، وإِنْ أصابَ، فهل يُحْسَبُ له ؟ فيه الخلافُ في السهمِ المُزْدَلِفِ.

وقال الشيخ أبو إسحاقَ[1]: عندي أنه لا يُحْسَبُ له قطعاً؛ لأنَّا لا نعلم أنه أصاب بِرَمْيه[2].

ولو هَبَّتْ ريحٌ نقلَتِ الغَرَضَ إلىٰ موضِعٍ آخَرَ، فأصابَ السهمُ الموضعَ المنتقلَ عنه، حُسِبَ له، إنْ كان الشرطُ الإصابةَ علىٰ الصحيح، وإنْ كان الخَسْقَ، نسبَتْ صلابةُ الموضِعِ بصلابة الغَرَضِ.

ولو أصابَ الغرض في الموضع المنتقل إليه، حُسِبَ عليه، لا له.

ولو أزالتِ الريحُ الغَرَضَ حتَّىٰ استقلَّ[3] السهم، فأصابه السهم، قال ابْنُ كَجٍّ: لا يحسب له.

الفصلُ الثاني: في حُكْمِ المُنَاضَلةِ؛ جَوازاً ولُزُوماً

وفي كونِها لازمةً، أو جائزةً قولانِ، كما سبقَ في المسابقة، فإن قلنا: تلزَمُ، انفسخَتْ بموتِ أحدِهما، كالأجيرِ المعيَّن.

ولو مرضَ أحدُهما، أو أصابه رَمَدٌ، ونحوُه، لم ينفسِخِ العقدُ؛ بل يؤخّر الرمي، وفي المسابقة يحصلُ الانفساخُ بموت الفَرَس؛ لأَنَّ التعويلَ عليه، ولا يحصلُ بموت الفارِسِ؛ بل يقومُ الوارِثُ مَقَامَهُ.

وقيل: فيه احتمالٌ؛ لأن للفارِسِ أثراً ظاهراً، وإلزامُ الوارِث علىٰ المسابقة كالمستبعَدِ، ولا يجوزُ لهما إلحاقُ زيادةٍ في عدد الأَرْشاق ولا عددِ الإصاباتِ، وطريقُهما إِنْ أرادا ذٰلك أَنْ يفسخَا العقدَ، ويستأنِفا عقداً.

وليس للمناضِلِ أَنْ يتركَ النضالَ ويجلسَ؛ بل يُلْزَمُ به، كمن اسْتُؤجِرَ لخياطةٍ، ونحوِها، ويحبسُ علىٰ ذٰلك ويعزَّرُ، هٰذا إذا كان مَفْضولاً، أو كان له الفَضْلُ؛

---

(١) هو الشيخ أبو إسحاق الشيرازي كما في (فتح العزيز: ١٢ / ٢٢٢).

(٢) (المهذَّب: ٣/ ٦٠٥).

(٣) في (فتح العزيز: ١٢ / ٢٢٢): « استقبل ».

ولـٰكن توقَّعَ صاحبهُ أَنْ يُدْرِكَهُ، فيساويه، أَو يَفْضُلهُ، أمَّا إذا لم يتوقَّعِ الإدراكَ؛ بأَنْ شرطا إصابةَ خمسةٍ من عشرينَ، [١١٩٧ / ب] فأصابَ أحدُهما خمسةً، والآخَرُ واحداً ولم يَبْقَ لكلِّ واحدٍ إلَّا رَميتانِ، فلصاحبِ الخمسةِ أَنْ يجلسَ، ويتركَ الباقي، هـٰذا تفريعُ قولِ اللزوم، أَمَّا إذا قلنا بالجواز فتتفرَّعُ عليه مسألتانِ.

إحداهُما: تجوزُ الزيادة في عددِ الأَرشاقِ والإصاباتِ، وفي المالِ بالتراضي.

وفي الجميعِ وجهٌ، ليس بشيء. وهل يستبدُّ أحدُهما بالزيادةِ؟ ثلاثةُ أوجُهٍ.

أصحُّها: نَعَمْ؛ لجوازِ العقدِ، فإنْ لم يرضَ صاحِبُهُ، فليفسخْ.

والثاني: لا؛ إِذْ لا بُدَّ في العقد من القَبول.

والثالث: يجوزُ الإلحاقُ للفاضِلِ، والمساوي دون المفضولِ؛ لئَلَّا يتخذَ المفضولُ ذٰلك ذريعةً إلىٰ إبطالِ النِّضَالِ، ومَتَىٰ يصيرُ مفضولاً؟ وجهانِ.

أحدهما: متىٰ زاد صاحبُهُ بإصابةٍ واحدةٍ.

وأصحُّهما: لا تكفي إصابةٌ وإصابتانِ؛ بل لا يصير مفضولاً إلَّا إذا قَرُبَ صاحبُهُ من الفَوز.

واعلم: أَنَّ الوجهَ المذكورَ في أنه لا يجوزُ إلحاقُ الزيادةِ والنقصِ بالتراضي، والوجه الآخَر في أنه ليس لأحدِهما الاستبدادُ، يطردانِ في المسابقة، وإنْ لم يذكرْهُما هناك، وفي الجِعالة إذا زادَ الجاعِلُ في العمل كان مُتَّهماً، كالمفضولِ، ففي زيادتِهِ الخلافُ، فإن لم تلحقِ الزيادةُ بها، فذاكَ، وإِنْ ألحقناها وقد عملَ العاملُ بعضَ العملِ، ولم يرضَ بالزيادة، فسخَ العقد.

قال الإمامُ[1]: والوجهُ أَنْ تثبتَ له أجرةُ المثلِ؛ لأن التركَ بسبب الزيادةِ، بخلاف ما إذا تركَ في أثناء العملِ بلا عُذْرٍ؛ فإنه لا يستحقُّ شيئاً.

المسألة الثانيةُ: يجوزُ لكلٍّ منهما ـ علىٰ هـٰذا القولِ ـ تأخيرُ الرمي والإعراضُ عنه من غيرِ فَسْخٍ، وكذا الفسخُ إذا لم يكنِ المعرِضُ مفضولاً متَّهماً؛ فإنْ كان، فهل له أَنْ يجلسَ، ويتركَ النِّضَالَ؟ وجهان كما ذكرنا في المسابقة.

---

(١) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٢٧٦).

قال الإمامُ[١]: وفي جوازِ فسخِهِ الخلافُ المذكور في الزيادة، ويُفْضي الأمرُ إذا فرَّقنا بين المفضولِ وغيرِهِ إلىٰ أَنَّ الحكمَ بأَنَّ العقدَ جائزٌ مطلقاً مقصورٌ علىٰ ما إذا لم يَصِرْ أَحدُهما مفضولاً؛ فإِنْ صار، لَزِمَ في حَقِّه، وبقيَ الجوازُ في حَقِّ الآخرِ، وهٰذا الخلافُ في نُفُوذِ فسخ المفضولِ طردَ في فسخِ الجاعِلِ الجِعالةَ بعدما عَمِلَ العامِلُ بعضَ العملِ، وكانت حِصَّةُ عملِهِ من المسمَّىٰ تزيدُ علىٰ أجرةِ المثلِ.

ولو شرطَا في العقدِ أَنَّ لكلِّ واحِدٍ أَنْ يجلسَ، ويتركَ الرميَ إِنْ شاء، فسَدَ العقدُ، إِنْ قلنا بِلُزومه، وكذا إِنْ قلنا بجوازه، وقلنا: ليس للمفضولِ التركُ، وإِنْ قلنا: له ذٰلك، لم يَضُرَّ شرطُهُ؛ لأنه مُقتضىٰ العقدِ.

ولو شرطا أَنَّ المُسَبَّقَ[٢] إِنْ جلسَ كان عليه السَّبَقُ، فهو فاسِدٌ علىٰ القولين؛ لأن السَّبَقَ إنما يشرعُ في العمل.

ولو تناضَلا، ففَضَلَ أحدُهما الآخَر بإصاباتٍ، فقال المفضولُ: حُطَّ فَضْلَكَ، ولكَ عليَّ كذا، لم يَجُزْ علىٰ القولَين، سواء جوَّزْنا إلحاقَ الزيادةِ، أم لا؛ لأنَّ حَطَّ الفَضْلِ، لا يقابلُ بمالٍ.

فصلٌ: في مَسَائِلَ مَنْثُورَةٍ تتعلَّقُ بالمُنَاضَلَةِ والمُسَابَقَةِ

لو كانَ أَحَدُ الراميينِ إذا أصابَ، أطالَ الكلامَ بالتبجُّحِ والافتخارِ، وأَضْجَرَ صاحبَه، أو عَنَّفَهُ إذا أخطأ، مُنِعَ منه.

ولو كَلَّمَ أحدَهما رجُلٌ، قيل له: أَجِبْ جواباً وسَطاً، ولا تُطَوِّلْ، ولا تَحْبِسِ [١١٩٨ / أ] القومَ.

ولو تعلَّلَ بعدما رمىٰ صاحبُهُ بمسحِ القوسِ، والوَتَر، وأَخْذِ النبلِ بعدَ النَّبلِ، والنظرِ فيه، قيل له: ارْمِ، لا مستعجلاً، ولا متباطِئاً.

ولو شرطا أَنْ تحسبَ لأحدِهما الإصابةُ الواحدةُ الإصابتَين، أو يَحُطَّ من إصاباته شيء، أو أنه إِنْ أخطأ رُدَّ عليه سهمٌ، أو سهمانِ؛ ليعيد رميَهما، أو أن يكونَ

---

(١) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٢٧٥ ـ ٢٧٦).

(٢) **المُسبَّق**: مثقَّل، اسم مفعول: وهو الذي يسبقه غيرُهُ كثيراً (المصباح: س ب ق).

في يدِ أحدِهما من النبل أكثر مما في يدِ الآخرِ، لم يَجُزْ؛ لأنَّ هٰذه المعاملةَ مَبنيَّة[1] علىٰ التساوي.

ولا يجوزُ أَنْ يشرطَ خاسِق أحدِهما خاسِقَين. ولو كان الشرطُ الحَوَابي، فشرطا أَنْ يحسبَ الخاسِقُ حابيَيْن، جازَ، نصَّ عليه في « الأم »؛ لأن الخاسِقَ يختصُّ بالإصابة والثبوتِ، فجاز أَنْ تجعل تلك الزيادة مَقَامَ حَابٍ.

وقيل: فيهما جميعاً قولانِ.

ولو تناضَلا، فرمَيَا بعضَ الأرشاقِ، ثم مَلاَّ، فقال أحدهما للآخَرِ: ارْمِ، فإِنْ أصبْتَ فقد نَضَلْتَني، أو قال: أَرْمي أنا، فإِنْ أصبتُ هٰذه الواحدةَ، فقد نَضَلْتُكَ، لم يَجُزْ؛ لأنَّ الناضِلَ مَنْ ساوىٰ صاحبَهُ في عددِ الأَرشاق، وفَضَلَهُ في الإصابة.

ولو تناضَلا، أو تسابقا، وأخرجَ السَّبَقَ أحدُهما، فقال أجنبيٌّ: شارِكْني فيه، فإِنْ غنمتَ، أخذتُ معك ما أَخْرَجتهُ، وإِنْ غَرِمْتَ، غرمْتُ معك، لم يَجُزْ، وكذا لو أخرجاه، وبينهما مُحَلِّلٌ، فقال أجنبيٌّ ذٰلك لأحدِهما.

ولو عَقَدَ المناضلَة في الصحة، ودفعَ المالَ في مرض الموت، فهو من رأسِ المالِ إِنْ جعلْناها إِجارةً، وإِنْ قلنا: جِعَالة، فوجهانِ.

ولو ابتدأ العقد في المرض، فيحتمل أَنْ يحسبَ من الثلُثِ، ويحتمل أَنْ يُبنىٰ علىٰ القولين، ذكره في « البحر ».

قلتُ: الأصحُّ، أو الصوابُ: القطعُ بأنه من رأسِ المالِ في الصورتَين، سواءٌ قلنا: إِجارة، أو جِعَالة؛ لأنه ليس بتبرُّعٍ، ولا مُحاباة فيه، فإذا كان ما يصرفُهُ في مَلاذِّ شهواتِهِ من طعامٍ، وشرابٍ، ونكاحٍ، وغيرِهِ مِمَّا لا ضرورةَ له إليه، ولا نَدَبَهُ الشرعُ إليه محسوباً من رأسِ المالِ، فالمسابقة التي ندَبَ الشرعُ إليها، ويحتاجُ إلىٰ تعَلُّمها أَوْلىٰ؛ لٰكن هٰذا فيما إذا سابَقَ بِعِوَضِ المِثْلِ في العادة، فإِنْ زاد، فالزيادةُ تبرُّعٌ مِنَ الثلُثِ. **وٱللهُ أعلمُ**.

وفي « البحر »: أَنَّ الوليَّ ليس له صرفُ مالِ الصبيِّ في المسابقة والمُناضَلة ليتعلَّمَ. وأَنَّ السَّبَقَ الذي يلتزمُهُ المتناضِلان يجوز أَنْ يكونَ عندَهما، ويجوزُ وضْعُهُ

(١) في المطبوع: « مبينة »، تصحيف.

عند عَدْلٍ، يثقانِ به، وهو أحْوَطُ، وأبعدُ عن النزاعِ.

وأنهما لو تنازَعا، فقال أحدُهما: يتركُ السَّبَقُ عندنا، وقال الآخر: بَلْ عند عَدْلٍ؛ فإنْ كان دَيْناً، أُجيبَ الأولُ، وإنْ كان عَيناً، فالثاني.

وأنه لو قال أحدُهما: نضعُهُ عند زَيد، وقال الآخَرُ: عند عَمْرٍو، اختارَ الحاكِم أميناً، وهل يتعيَّنُ أحَدُ الأمينين المتنازَعِ فيهما، أم له أَنْ يختارَ غيرَهما ؟ وجهانِ.

وأنه لا أجرةَ للأَمينِ إلاَّ إذا اطَّرَدَ العُرْفُ بأجرةٍ له، فوجهانِ.

وفيه: أَنَّ المُحَلِّلَ ينبغي أَنْ يجريَ فرسَه بين فرسَي المتسابقَين، فإنْ لم يتوسَّطْهما، وأَجرىٰ بجَنْبِ أحدِهما، جازَ، إنْ تراضَيا به.

وأنه [١١٩٨ / ب] لو رضيَ أحدُهما بعُدُوله عن الوسط، ولم يرضَ الآخَر، لزِمَهُ التوسُّطُ.

وأنهما لو رضيا بتركِ توسُّطِهِ، وقال أحدُهما: يكونُ عن اليمين، وقال الآخَر: عن اليَسار، لزمَ التوسُّطُ.

وأنه لو تنازعَ المتسابقانِ في اليمينِ واليسار، أقرعَ. قال الشافعيُّ، رَحِمَهُ ٱللَّهُ في « المختصر »: لا بأسَ أَنْ يُصَلِّيَ متنكِّباً للقوسِ، والقَرَنِ، إلاَّ أَنْ يتحرَّكا عليه حركةً تشغلُهُ، فأكرهُهُ، ويجزئُهُ، والتنكُّبُ: التقلُّدُ، والقَرَنُ، بفتح القاف والراء: هو الجَعْبَةُ المشقوقةُ، ولا بُدَّ مِنْ طهارةِ ذٰلك.

ولا يُجْلَبُ علىٰ الفرسِ في السِّبَاقِ، وهو: أَنْ يصيحَ به القومُ، ليزيدَ عَدْوُهُ؛ ولـٰكنْ يركضانِ بتحريكِ اللِّجَامِ، والاسْتِحثاث بالسَّوطِ.

وإذا وقفَ المتناضِلان في الموقف، فهل يحتاجُ مَنْ يرمي إلىٰ استئذانِ صاحبِهِ ؟

قال ابْنُ كَجٍّ: عادةُ الرُّماةِ الاستئذانُ، حتَّىٰ إنَّ مَنْ رَمىٰ بلا استئذان، لا يُحْسَبُ ما رماهُ، أصابَ، أم أخطأَ، ويجبُ اتباعُ عُرْفِهم فيه.

وقال ابْنُ القَطَّانِ: يُحْسَبُ، ولا حاجةَ إلىٰ الاستئذانِ. وبٱللهِ التوفيقُ.



٧٣ ـ كتابُ الأَيمَانِ

فيه ثلاثةُ أبوابٍ:

الأوَّل: في نَفْسِ اليمينِ:

وللأئمَّةِ عباراتٌ في حقيقة اليمين، أجودُها وأصونُها[١] عن الانتقاصِ[٢] والاعتراضِ عبارةُ البغويِّ[٣]، قالَ: اليمينُ: تحقيقُ الأمرِ، أو توكيدُهُ بذكْرِ اسمِ ٱللهِ تعالىٰ، أو صفةٍ مِنْ صفاتِهِ. ويتعلَّقُ بالضبطِ مسائلُ.

إحداها: تنعقدُ اليمينُ علىٰ المستقبَل، والماضي؛ فإنْ حلفَ علىٰ ماضٍ كاذباً، وهو عالم، فهي[٤] اليمينُ الغَمُوسُ؛ سُمِّيَتْ بِهِ[٥]؛ لأنها تَغْمِسُ صاحبها في الإثم أو في النار، وهي من الكبائِرِ، وتتعلَّق بها الكفَّارةُ؛ فإنْ كان جاهلاً، ففي وُجوبِ الكفَّارة القولانِ، فيمَنْ فعلَ المحلوفَ عليه ناسياً.

الثانية: مَنْ سبقَ لسانُهُ إلىٰ لفظِ اليمين بلا قَصْدٍ، كقولِهِ في حالة غَضَبٍ أو لَجَاجٍ[٦]، أو عَجَلَةٍ، أو صِلةِ كلامٍ: لا، وٱللهِ! وبلىٰ، وٱللهِ! لا تنعقدُ يمينُه، ولا يتعلقُ به كفارةٌ.

---

(١) في (أ)، والمطبوع: « وأصوبها ».
(٢) في المطبوع: « الانتقاض ».
(٣) انظر: (التهذيب: ٨ / ٩٧).
(٤) في المطبوع: « فهو ».
(٥) في المطبوع: « غموساً » بدل: « به ».
(٦) لَجَاجٍ: اللَّجَاجُ: تماحُكُ الخصمين، وهو تماديهما (المصباح: ل ج ج).

ولو كان يحلِفُ علىٰ شيء، فسبقَ لسانُهُ إلىٰ غيره، فكذٰلك. وهـٰذا كُلُّهُ يُسَمَّىٰ: لغوَ اليمين.

وإذا حلفَ، وقال: لم أقصِدِ اليَمينَ، صُدِّقَ. وفي الطلاقِ، والعِتَاقِ، والإيلاء، لا يصدَّقُ في الظاهِر؛ لتعلُّق حَقِّ الغيرِ به.

قال الإمامُ في « الفَرْقِ »: جرتِ العادةُ بإجراءِ ألفاظِ اليمين بلا قصدٍ، بخلاف الطلاقِ والعِتَاق، فدعواه فيها تخالِفُ الظاهِرَ، فلا يقبلُ.

قال: فلو اقترنَ باليمين ما يَدُلُّ علىٰ القصد، لم يُقْبَلْ قولُهُ علىٰ خلافِ الظاهِر.

الثالثةُ: إذا قالَ لَهُ[1] غيرُه: أسألكَ باللَّهِ، أو أُقسِمُ عليكَ باللهِ، أو أقسَمتُ عليك باللهِ: لَتَفْعَلَنَّ كذا؛ فإنْ قصَد به الشفاعةَ، أو قصدَ عقدَ اليمينِ للمخاطَب، فليس بيمينٍ في حقِّ واحدٍ منهما.

وإنْ قصدَ عقْدَ اليمينِ لنفسه، كان يميناً علىٰ الصحيح، كأنه قال: أسألكُ، ثم حَلَفَ.

وقال ابْنُ أَبي هُريرَة: ليس بيمينٍ، وهو ضعيفٌ.

ويستحبُّ للمخاطَبِ إبرارُهُ، فإنْ لم يفعل، وحَنِثَ الحالفُ، لزمَهُ الكفارةُ، وإنْ أطلقَ، ولم يَقصِدْ شيئاً يحمل علىٰ الشفاعة [١١٩٩ / أ].

قلتُ: يُسَنُّ إبرارُ المُقْسِمِ، كما ذكر؛ للحديثِ الصحيح فيه[2]، وهـٰذا إذا لم يكن في الإبرار مَفْسَدَةٌ؛ بأَنْ تضمَّنَ[3] ارتكاب مُحَرَّمٍ، أو مكروه.

ويكـرهُ السـؤالُ بـوجـهِ اللهِ[4] تعـالـىٰ، وردُّ مَـنْ سـأل

---

(١) كلمة « له » ساقطة من المطبوع. وجاء في (فتح العزيز: ١٢ / ٢٣٠): « إذا قال لغيره ».

(٢) الذي أخرجه البخاري (١٢٣٩) وأطرافه، ومسلم (٢٠٦٦) عن أبي عُمَارَة البراءِ بن عازبٍ. قال: « أمرنا رسول الله ﷺ بسبعٍ، ونهانا عن سَبْعٍ: أَمَرَنا بعيادة المريضِ، واتباع الجنازة، وتشميت العاطِسِ، وإبرارِ المُقْسِمِ. . . ». (إبرار المُقْسِم) أي: تصديقه وأن لا يحنثه. (المُقْسِم): الحالِف.

(٣) في (أ): « يتضمن ».

(٤) لما أخرجه أبو داود (١٦٧١) عن جابرٍ ـ رضي الله عنه ـ قال: قال رسول الله ﷺ: « لا يسألُ بوجه الله إلاّ الجنة »، وصححه الضياء في « المختارة »، والسيوطي في (الجامع الصغير، برقم: =

به[١]؛ للحديثِ المعروفِ فيهما. **وٱللهُ أعلمُ.**

الرابعةُ[٢]: يجوزُ تعقيبُ اليمينِ بالاستثناء، وهو قولُهُ: إنْ شاءَ ٱللهُ [تعالىٰ][٣]، فإنْ عقبَ، لم يَحْنَثْ بالفعلِ المحلوفِ عليه، ولا كفَّارةَ، وهل نقولُ: انعقدتِ اليمينُ؟ وجهانِ.

أحدهما: نَعَمْ، لٰكن المشيئة مجهولة، فلا يَحْنَثُ، نَقَلَهُ الرُّوْيَانِيُّ.

والثاني: لا، نَقَلَهُ البغويُّ[٤].

ويشترطُ أَنْ يتلفَّظَ بالاستثناء، وأن يقصدَ لفظَهُ، ويصلَه باليمينِ، فلا يسكتُ بينهما إلَّا سكتةً لطيفة؛ لتَذكُّرٍ، أو عِيٍّ[٥]، أو تَنَفُّسٍ، كما ذكرنا في الطلاق، وأَنْ يقصدَ الاستثناءَ مِنْ أَولِ اليمينِ، فلو قصَدهُ في خلال اليمينِ، فوجهانِ سبقَا في الطلاق، وممن صحَّحه: الداركيُّ، والقاضيان: أبو الطيِّبِ، والرُّويانِيُّ، وممَّن منَعهُ: ابْنُ القَطَّانِ، وابْنُ المَرْزُبانِ، وابْنُ كَجٍّ.

ولو قال: إنْ شاءَ ٱللهُ، وٱللهِ! لأفعلَنَّ كذا، أو: لا أفعلُ كذا، صحَّ الاستثناءُ، وكذا لو قدَّمَ الاستثناءَ في الطلاقِ، والعِتَاق. وكذا لو قال: لفلانٍ عليَّ إلَّا عَشَرَة دراهم مئةُ درهمٍ، وفي هٰذه الصورة وجهٌ ضعيفٌ.

وقال القاضي أبو الطيِّبِ: لو قال: إن شاءَ ٱللهُ، أنتِ طالقٌ، وعبدي حُرٌّ، أو[٦] إنْ شاءَ ٱللهُ، أنتِ طالِقٌ، عبدي حُرٌّ، لم تطلقْ، ولم يَعْتِقْ؛ لأَنَّ حرفَ العطف قد يحذَفُ مع إرادةِ العطفِ.

= ٩٩٧٢)، وأورده المصنف في (رياض الصالحين، برقم: ١٨١٥) بتحقيقي، وهو مصير منه إلىٰ تصحيحه، وقال السخاوي: « حديث غريب »، وفي إسناده سليمان بن معاذ التميمي. قال الحافظ المنذري: « تكلّم فيه غير واحدٍ »، وانظر: (أذكار المصنف، ص: ٤٦٧) بتحقيقي.

(١) لما أخرجه أبو داود (١٦٧٢، ٥١٠٩)، والنسائي (٥ / ٨٢)، وغيره عن ابن عُمرَ ـ رضي ٱلله عنهما ـ قال: قال رسول ٱلله ﷺ: « من استعاذ بالله، فأعيذوه، ومن سألكم بالله، فأعطوه. . . ». وصححه ابن حبانَ (٢٠٧١) موارد، والحاكم في (المستدرك: ١ / ٤١٢)، ووافقه الذهبيُّ، وصححه أيضاً المصنف في (رياض الصالحين: ١٨١٦)، و(الأذكار، رقم: ١٢١٤).

(٢) في المطبوع: « الرابع » خطأ.

(٣) ما بين حاصرتين من المطبوع.

(٤) انظر: (التهذيب: ٨ / ١٠٧).

(٥) في (ظ): « أو وَعْيٍ ».

(٦) في المطبوع زيادة: « قال ».

وَعُدَّ[١] من هـٰذا القبيلِ قولُنا : « التحيَّاتُ، المُبَارَكاتُ، الصَّلَواتُ »[٢] وليكنْ هـٰذا فيما إذا نوىٰ صرفَ الاستثناءِ إليهما جميعاً؛ فإِنْ أطلقَ فيشبه أَنْ يجيءَ خلافٌ في أنه يختصُّ بالجملة الأولىٰ، أم يَعُمُّهما ؟

ولو قال : أَنتِ طالقٌ، وعبدي حُرٌّ، إِنْ شاءَ ٱللهُ، فيجيء الخلافُ في أنه يختصُّ بالجملةِ الثانيةِ أم يَعُمُّهما ؟.

قلتُ: الصحيحُ : التعميمُ في الصورَتين. **وٱلله أعلمُ.**

ولو قال : عبدي حُرٌّ، إِنْ شاءَ ٱلله، وامرأتي[٣] طالق، ونوىٰ صَرْفَ الاستثناءِ إليهما، صحَّ، ذَكَرَهُ ابْنُ كَجٍّ. وكما يجوزُ أَنْ يقدِّمَ الاستثناءَ ويؤخِّرَهُ، يجوزُ أَنْ يوسِّطَهُ.

ولو قال : وٱلله ! لأفعلَنَّ كذا إنْ لم[٤] يشأ ٱللهُ، أَو : إلاَّ أَنْ يشاءَ ٱللهُ، ففيه خلافٌ، كما سبَق في نظيره في الطلاق، والأصحُّ عند ابْن كَجٍّ في قوله : إلاَّ أَنْ يشاءَ ٱللهُ؛ أنه لا يَحْنَثُ. وقال إِبراهيمُ المَرُّوذِيّ :[٥] إن قال : وٱللهِ ! لأفعلَنَّ إلاَّ أَنْ يشاءَ ٱللهُ، ولم يفعَلْ، حَنِثَ، وإِنْ قال : وٱللهِ ! لا أَفْعلُ[٦] كذا إلاَّ أَنْ يشاءَ ٱللهُ، فلم يفعَلْ، لم يَحْنَثْ، وإِنْ فعَلَ، حَنِثَ.

فَرْعٌ: قال : وٱلله ! لأدخُلَنَّ هـٰذه الدارَ اليومَ إلاَّ أَنْ يشاء زيدٌ، وقصَدَ إلاَّ أَنْ يشاءَ أَنْ لا أدخُلَها، فقد عقدَ اليمين علىٰ الدخول؛ فإِنْ دخلها في ذٰلك اليومِ، أو لم يدخُلْ، وشاء زيدٌ أَنْ لا يدخُلَ، لم يَحْنَثْ، وإِنْ شاء أَنْ يدخُلَ فلم يدخُلْ، حَنِثَ. وكذا لو لم يعرف مشيئتهُ[٧]؛ بأَنْ ماتَ[٨]، أو أُغمي عليهِ حتَّىٰ مضىٰ اليوم، حَنِثَ، هـٰكذا نقله المُزنيُّ عن النصِّ.

---

(١) كلمة : « عُدَّ » ساقطة من المطبوع.

(٢) طرفٌ من تشهُّدِ ابنِ عباسٍ، أخرجه مسلم (٤٠٣)، وانظر : (الأذكار للمصنف ص : ٩٤ ـ ٩٥).

(٣) في المطبوع : « أو امرأتي »، بدل : « وامرأتي »، خطأ.

(٤) كلمة : « لم » لم ترد في (فتح العزيز : ١٢ / ٢٣٣).

(٥) في المطبوع : « المَرْوزي »، تحريف.

(٦) في المطبوع : « لأفْعَلَنَّ » بدل : « لا أفعل »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز : ١٢ / ٢٣٣).

(٧) في المطبوع : « مشيئة »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز : ١٢ / ٢٣٣).

(٨) في المطبوع : « جُنَّ » بدل : « مات »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز : ١٢ / ٢٣٣).

ولو قال: وٱللهِ ! لا أدخلُ إلاَّ أن يشاءَ زيدٌ الدخولَ؛ فإنْ لم يدخُلْ، لم يَحْنَثْ، وإنْ دخلَ وقد شاءَ زيدٌ دخوله قبلَ أن يدخُلَ[١]، لم يَحْنَثْ أيضاً، وإنْ[٢] شاءَ أَنْ لا يدخلَ، حَنِثَ، ولا تُغني مشيئةُ الدخولِ بعدَ ذٰلك. وإنْ لم يعرفْ مشيئته، فرواية الرَّبيعِ، عن الشافعي، رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أنه لا يَحْنَثُ [١١٩٩ / ب]، والروايتانِ مختلفتانِ والصورتانِ متشابهتانِ، وللأصحاب فيهما طريقانِ.

أحدُهما: القطعُ بالحِنْثِ، وحمل رواية الرَّبيع علىٰ ما إذا لم يحصلِ اليأسُ من مشيئتهِ[٣]، أو أنه رجعَ عنه، ولم يعلمِ الربيعُ رجوعَه.

والثاني: فيهما قولانِ.

أظهرُهما: يَحْنَثُ؛ لأن المانعَ مِنْ حِنثهِ المشيئةُ وقد جعلناها.

والثاني: لا؛ للشكِّ.

ولو قال: وٱللهِ ! لأدخلَنَّ إنْ شاءَ فلانٌ؛ إنْ دَخَلَ، فاليمينُ معلَّقة بالمشيئة، فلا تنعقدُ قبلها، ولا حكمَ للدخول قبلها، فإنْ شاءَ انعقدَتْ؛ فإنْ دَخَلَ بعدَه، بَرَّ، وإلاَّ حَنِثَ. وينظرُ: هل قَيَّدَ الدخولَ بزمانٍ أم[٤] أطلقَ ؟ وعند الإطلاق عمره وقت الدخول، فإنْ مات قبلَه، حكمنا بالحِنْثِ قُبَيْلَ[٥] الموت، وإنْ شاء فلانٌ أَنْ لا يدخُلَ، أو لم يشَأْ شيئاً، أو لم تُعْرَفْ مشيئَتُهُ، فلا حِنْثَ؛ لأن اليمين لم تنعقِدْ، وكذا لو قال: واللَّه ! لا أدخل إنْ شاء فلان أَنْ لا أدخلَ، فلا تنعقدُ يمينُهُ حتَّىٰ يشاءَ فُلانٌ أَنْ لا يدخُلَ.

الخامسةُ: الحَلِفُ بالمخلوقِ مكروهٌ، كالنبيِّ، والكَعْبة، وجبريلَ[٦] والصحابةِ، والآلِ.

---

(١) في المطبوع: « ذٰلك »، بدل: « أَنْ يدخلَ »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٢ / ٢٣٣).

(٢) في المطبوع زيادة: « كان ».

(٣) في المطبوع: « مشيئة ».

(٤) في المطبوع: « أو » بدل: « أم ».

(٥) في المطبوع: « قبل » بدل: « قُبيل ».

(٦) هو الملكُ الكريمُ، الذي ينزل بالوحي، وتبليغ رسالات الله تعالىٰ إلىٰ الرسل عليهم الصلاة والسلام. وقد تظاهرت الأدلَّة علىٰ عظم مرتبته عَلَيْهِ ٱلسَّلَامُ، وكان يأتي النبيَّ ﷺ في صورة دِحْيَةَ الكلبي رضي الله عنه. انظر ترجمته في: (تهذيب الأسماء واللغات: ١ / ٣٦٤ ـ ٣٦٩).

قال الشافعيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ : أخشىٰ أَنْ يكونَ الحَلِفُ بغير ٱلله تعالىٰ معصيةً .

قال الأصحابُ : أَيْ : حَراماً وإِثماً ، فأشارَ إِلىٰ تردُّدٍ فيه .

قال الإمامُ[1] : المذهب[2] القطع بأنه ليس بحرام ؛ بل مكروه .

ثم مَنْ حلفَ بمخلوقٍ ، لم تنعقِدْ يمينُهُ ، ولا كفَّارَة في حِنْثِهِ .

قال الأصحابُ : فلو اعتقدَ الحالف بالمخلوق[3] في المحلوف به من التعظيم ، ما يعتقدُه في ٱللهِ تعالىٰ كَفَرَ ، وعلىٰ هـٰذا يُحْمَلُ ما رُوي أَنَّ النبيَّ ﷺ قال : « **مَنْ حَلَفَ بِغَيرِ اللَّهِ تعالىٰ فَقَدْ كَفَرَ** »[4] .

ولو سبق لسانُهُ إليه بلا قَصْدٍ لم يوصَف بكراهةٍ ؛ بل هو لَغْوُ يمينٍ ، وعلىٰ هـٰذا يُحْمَلُ ما ثَبَتَ في « الصحيحَين » : أَنَّ النبيَّ ﷺ قال : « **أَفلَحَ ، وأَبِيهِ ! إِنْ صَدَقَ** »[5] .

السادسةُ: إذا قال : إِنْ فعلْتُ كذا ، فأنا يهوديٌّ ، أو نصرانيٌّ ، أو بريءٌ من ٱللهِ تعالىٰ ، أو مِنْ رسولِ ٱللهِ ﷺ ، أو من الإسلامِ ، أو من الكعبةِ ، أو مُسْتَحِلٌّ

---

(١) انظر : (نهاية المطلب : ١٨ / ٣٠٢) .

(٢) في المطبوع : « والمذهبُ » .

(٣) كلمة : « بالمخلوق » ساقطة من المطبوع .

(٤) أخرجه ـ من حديث ابن عُمَرَ ـ أحمدُ (٢ / ١٢٥) ، وأبو داود (٣٢٥١) ، والترمذي (١٥٣٥) ، وصححه ابن حِبَّان (١١٧٧) موارد ، والحاكم في (المستدرك : ٤ / ٢٩٧) ، وقال الذهبيُّ في (الكبائر ص : ٦٧) بتحقيقي : « إسناده علىٰ شرط مسلم » ، وقال الترمذي : « هـٰذا حديثٌ حَسَنٌ ، وفُسِّرَ هـٰذا الحديث عند بعض أهل العلم ؛ أن قوله : « فقد كفر ، أو أشركَ » علىٰ التغليظ .

(٥) أخرجه مسلم في الإيمان (١١ / ٩) ، من حديث طَلْحَةَ بن عُبيد الله ، وهو في البخاري (٤٦) ، وأطرافه ، ومسلم (١١) بلفظ : « أفلحَ إِنْ صَدَقَ » . قال الحافظ ابن الأثير في (جامع الأصول : ١ / ٢٢٤) : « أَفْلَحَ وأبيه : كلمة جارية علىٰ ألسنةِ العربِ ، تستعملها كثيراً في خطابها ، وتريد بها : التأكيد ، وقد نهىٰ رسول ٱلله ﷺ أن يحلف الرجلُ بأبيه ، فيحتمل أَنْ يكون هـٰذا القول منه قبل النهي ، ويحتمل أَنْ يكون جرىٰ منه علىٰ عادة الكلام الجاري علىٰ الألسُنِ ، وهو لا يُقْصَدُ به القسم ، كاليمين المعفوِّ عنها من قبيل اللَّغو ، أو أنه أراد به التوكيد ، لا اليمين ؛ فإِنَّ هـٰذه اللفظة تجري في كلام العرب علىٰ ضربين : للتعظيم ، وللتأكيد ، والتعظيمُ هو المنهيُّ عنه ، وأَمَّا التوكيدُ ، فلا ، كقوله :

لَعَمْرُ أبي الواشينَ لا عَمْرُ غَيرِهِمْ ... لقد كلَّفَتْني خِطَّةً لا أُريدها

فهـٰذا توكيد ؛ لأنه لا يقصدُ أَنْ يُقْسِمَ بأبي الواشين ، وهـٰذا في كلامهم كثير » .



للخَمْر[١]، أو الميتة، لم يكن يميناً، ولا كفارةَ في الحنث به[٢].

ثم إنْ قَصَدَ بذٰلك تبعيدَ نفسِه عنه لم يكفرْ، وإن قصَد به الرِّضا بذٰلك، وما في معناه إذا فعلَهُ، فهو كافِرٌ في الحالِ.

قلتُ: قال الأصحابُ: وإذا لم يكفرْ في الصورة الأولىٰ، فليقل: لا إلـٰه إلاَّ ٱللهُ محَمَّدٌ رسولُ ٱللهِ، ويَسْتَغْفِرُ ٱللهَ، ويُسْتَدَلُّ له[٣] بما ثَبَتَ في « الصحيحَين »: أَنَّ رسولَ ٱللهِ ﷺ قالَ: « **مَنْ حَلَفَ، فقال في حَلِفِهِ: باللاَّت والعُزَّىٰ، فَلْيَقُلْ: لا إلـٰهَ إلاَّ ٱللهُ** »[٤].

ويستحبُّ أيضاً لكلِّ مَنْ تكلَّم بقُبح[٥] أَنْ يستغفرَ اللَّهَ تعالىٰ. وتجب التوبة من كل كلام[٦] مُحَرَّمٍ، وستأتي صفةُ التوبة، إِنْ شاءَ اللَّهُ تعالىٰ في « كتاب الشهادات ».

وقد ذكرتُ في آخر كتابِ « الأذكار »[٧] جُملاً كثيرةً مِنْ حُكم الألفاظِ القبيحةِ، واختلافِ أحوالِها، وطُرقِ الخُروج منها. **وٱللهُ أعلمُ.**

السابعةُ: قال أهلُ اللِّسانِ: حروفُ القَسَمِ ثلاثَةٌ: البَاءُ، والواوُ، والتاءُ المثنَّاة فوقُ.

قالوا: والأصلُ: الباءُ، وهي مِنْ صِلَةِ الحَلِفِ، كأَنَّ القائل يقول: حلفتُ باللَّهِ، أو أقسمْتُ [بٱلله][٨]، أو آليتُ بٱلله. ثم لما كَثُرَ الاستعمالُ وفهم المقصودُ، حذِفَ

---

(١) في المطبوع: « الخمر ».

(٢) كلمة: « به » ساقطة من (ظ).

(٣) كلمة: « له » ساقطة من المطبوع.

(٤) أخرجه البخاري (٦٦٥٠)، ومسلم (١٦٤٧) من حديث أبي هريرة. (اللاَّت): صنم كان لثقيف بالطائف، يعظِّمونه نحو تعظيم الكعبة، وكان موقعه غربي مسجد ابن عباس عن قُرْبٍ (المعالم الأثيرة ص: ٢٣٥). (العُزَّىٰ): شجرة سَمُرة كانوا يعبدونها، وكانوا بنوا عليها بيتاً، وأقاموا لها سَدَنَةً. وموضعها بالقرب من نخلة الشاميَّة في نواحي مكة والطائف بوادٍ يقال له: حراض، بإزاء النمير، عن يمين المصعد إلىٰ العراق من مكة فوق ذات عِرْقٍ. انظر: (المعالم الأثيرة ص: ١٩١)، و(الفتح: ٨ / ٦١٢)، و(سيرة ابن هشام: ١ / ٨٣ ـ ٨٦).

(٥) في (أ): « بقبيح ».

(٦) في المطبوع زيادة: « قبيح ».

(٧) في باب: في ألفاظٍ يكره استعمالُها ص: (٤٥١) بتحقيقي.

(٨) ما بين حاصرتين من المطبوع.

الفعلُ. ويلي الباءَ الواوُ؛ لأنَّ الباءَ تدخلُ علىٰ المُضْمَرِ تقول: بكَ وبهِ لأفعلنَّ، كما تدخلُ في المُظْهَرِ. والواوُ تختصُّ [١٢٠٠ / أ] بالمُظْهَرِ فتأخَّرت. والتاءُ بعد الواو؛ لأنها لا تدخل إلَّا علىٰ « ٱلله »، فإذا قال: بٱلله ـ بالباء الموحدة ـ لأفعلنَّ؛ فإنْ نوىٰ اليمينَ، أو أطلقَ، فهي يمينٌ؛ لاشتهارِ الصيغةِ بالحلِف، لُغَةً وشَرْعاً.

وحكىٰ ابْنُ كَجٍّ خلافاً فيما إذا أطلقَ، والمذهبُ أنه يمينٌ، وبه قطع الأصحابُ، وإن نوىٰ غير[1] اليمين؛ بأن قال: أردْتُ (بٱلله): وَثِقْتُ، أو: اعتصمْتُ بٱللهِ، أو أستعينُ، أو أُومِنُ[2] بٱلله، ثم ابتدأتُ: لأفعلَنَّ، فالمذهبُ وبه قطع العراقيُّون، والبَغَوِيُّ[3]، والرُّوْيَانيُّ، وغيرهم: أنه ليس بيمين، واستبعدَ الإمام[4] هٰذا، وجعله زَلَلاً، أو خللاً من ناسخٍ، ونقلَ أنه لو نوىٰ غيرَ اليمينِ، وادَّعَىٰ التوريةَ لم يُقْبَلْ فيما تعلَّق بحقِّ آدميٍّ، وهل يُدَيَّنُ باطِناً ؟ قيل: وجهان.

وقال القاضي حُسَين: لا يُدَيَّنُ قَطعاً؛ لأنَّ الكفارة تتعَلَّقُ باللفظ المُحْتَرم[5] الذي أظهرَ ما يخالفه.

وأما قولُه: « وٱلله » فالمذهبُ أنه كقوله: « بٱلله » علىٰ ما ذكرنا، وأشار بعضُهم إلىٰ القطعِ بأنه يمينٌ بكلِّ حالٍ.

ووجهُ المذهبِ: أنه قد يريدُ به القائلُ « وٱللهُ المستعانُ » ثم يبتدئُ: لأفعلَنَّ، وليس في ذٰلك إلَّا لَحْنٌ في الإعراب، وسيأتي نظائرُهُ إنْ شاءَ ٱلله تعالىٰ.

وأما إذا قال: « تٱللهِ لأفعلَنَّ » بالمثنَّاة فوقُ، فالمنصوصُ هنا، وفي « الإيلاء »: أنه يمينٌ.

وعن نصِّه في « القَسَامة » أنه ليس بيمين، وللأصحابِ فيه طرقٌ.

---

(١) في المطبوع زيادة: « ذٰلك ».
(٢) في (أ): « أمن ».
(٣) انظر: (التهذيب: ٨ / ٩٩).
(٤) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٢٩٢ ـ ٢٩٣).
(٥) في المطبوع: « المحرِّم »، المثبت موافق لما في (نهاية المطلب: ١٨ / ٢٩٣)، و(فتح العزيز: ١٢ / ٢٣٧).

أحدُها: العملُ بظاهر النَّصَّين[١].

والثاني: فيهما قولانِ.

والثالث: وهو المذهبُ، وبه قال ابْنُ سَلَمَةَ وأبو إسحاقَ وابْنُ الوَكيلِ: القطعُ بأنه يمينٌ.

قالوا[٢]: وروايَة النَّصِّ في « القَسَامَةِ » مُصَحَّفَةٌ؛ إنما هي بالياء المثنَّاة تحتُ؛ لأنَّ الشافعيَّ، رَحِمَهُ ٱللَّهُ عَلَّلَ، فقال: لأنَّهُ دعاءٌ، وهٰذا إنما يليقُ بالمثنَّاة تحتُ.

ثم قيلَ: أراد: إذا قال: « يا ٱللهُ » علىٰ النِّداءِ، و قيل[٣]: [أرادَ][٤]: يا للهِ، بفتح اللَّام، علىٰ الاستغاثَةِ، وهٰذا أشبهُ، وأقربُ إلىٰ التصحيفِ.

وقيل: ليسَتْ مُصَحَّفَةً؛ بل هي محمولةٌ علىٰ ما إذا قال له القاضي: قُلْ: « بِٱلله » فقال: « تٱللهِ » فلا يحسبُ ذلك؛ لأنَّ اليمينَ تكونُ علىٰ وَفْقِ التحليفِ. وكذا لو قال له[٥]: قل: « بٱلله » فقال: بالرحمٰنِ، لا تحسَب يمينُهُ. وعكسه لو[٦] قال: قل: « تٱلله » بالمثنَّاة [فوقُ][٧]، فقال: « بٱلله » بالموحَّدة[٨]، قال القَفَّالُ: يكون يميناً؛ لأنه أبلغُ وأكثرُ استعمالاً.

ولو قال: قل: « بِٱلله » فقال: « وٱللهِ »، قال الإمامُ[٩]: فيه تردُّدٌ؛ لأنَّ (الباءَ) و(الواوَ) لا تكادانِ تتفاوتانِ[١٠]، ولا يمتنعُ المنعُ للمخالفة. وهٰذا المعنىٰ يجيءُ في مسألة القَفَّالِ، وهٰذا الخلافُ إذا قال: « تٱلله »[١١] ولم يقصِدِ اليمينَ،

---

(١) في المطبوع: « النصّ ».
(٢) في (ظ): « وقالوا ».
(٣) في المطبوع: « أو قيل ».
(٤) ما بين حاصرتين ساقط من (ظ).
(٥) كلمة: « له » ليست في المطبوع.
(٦) في (ظ): « ولو ».
(٧) ما بين حاصرتين من المطبوع.
(٨) في المطبوع: « الموحدة ».
(٩) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٢٩٨).
(١٠) في (نهاية المطلب: ١٨ / ٢٩٨): « ولا يكادان يتفاوتان ».
(١١) في (ظ): « بالله »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٢ / ٢٣٩).

ولا غيرَها، فإنْ نوىٰ غيرَ اليمينِ، فليسَ بيمينٍ، بلا خلافٍ، صرَّح به العراقيُّون، والرُّويانِيُّ، وغيرُهُمْ[١].

قلتُ: قال الدَّارِمِيُّ: لو قال: يا ٱلله ! بالمثنَّاة تحتُ، أو فَٱلله، بالفاء، أو آلله[٢] بالاستفهامِ، ونوىٰ اليمينَ، فيمينٌ، وإلَّا، فلا[٣]. **وٱلله أعلم**.

فَرْعٌ: لو قال: وٱلله ! لأفعلَنَّ، برفع (الهاءِ) أو نصبها[٤]، كان يميناً، واللَّحْنُ لا يمنعُ الانعقَاد.

وقال القَفَّالُ: في الرفعِ لا يكونُ يميناً إلَّا بالنيَّةِ.

فَرْعٌ: لو حذَفَ حرفَ القَسَمِ، فقال: ٱلله لأفعلَنَّ كذا بجرِّ (الهاءِ) أو نصبِها أو رفعِها ونوىٰ اليمينَ، فهو يمينٌ، وإنْ لم يَنْوِ، فليس بيمين في الرفع علىٰ المذهب، ولا في النصْبِ علىٰ الصحيح، ولا في الجَرِّ علىٰ الأصحِّ؛ لأَنَّ الرفعَ يحتملُ الابتداءَ، فيبعدُ الحِنْثُ، ويَقْرُبُ في الجَرِّ [١٢٠٠ / ب] الاستعارة بالصلة الجارّة، ويليه النصبُ بنزعِ الجارِّ.

فَرْعٌ: لو قال: بِلَّه[٥]، فَشَدَّدَ[٦] (اللامَ) كما كانت، وحذفَ (الألفَ) بعدَها، فهو غيرُ ذاكرٍ لاسم ٱلله تعالىٰ، ولا حالِفٍ؛ لأن البلَّةَ هي الرُّطوبَةُ[٧]، فلو نوىٰ بذلكَ اليمينَ، فَقَال الشيخُ أبو محمدٍ، والإمام[٨]، والغزاليُّ: هو يمينٌ، ويحملُ حذفُ الألِف علىٰ اللحْنِ؛ لأن الكلمة تجري كذٰلك علىٰ ألسنةِ العوامِّ والخواصِّ[٩].

قلتُ: ينبغي أَنْ لا يكونَ يميناً؛ لأن اليَمين لا يكونُ إلَّا باسمِ ٱللهِ تعالىٰ، أو

(١) في (ظ): « وغير ».
(٢) في (أ): « آلله ».
(٣) كلمة: « فلا » ساقطة من (ظ).
(٤) في (ظ): « ونصبها ».
(٥) في المطبوع: « يله »، تصحيف.
(٦) في المبطوع: « فشدَّ ».
(٧) (الرُّطُوبة) أي: من البَلَلِ.
(٨) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٢٩٩).
(٩) في المطبوع: « أو الخواصِّ ».

صِفته، ولا يسلمُ أَنَّ هـٰذا لَحْنٌ؛ لأنَّ اللَّحْنَ مخالفةُ صوابِ الإعرابِ؛ بل هـٰذه كلمةٌ أُخرىٰ. وٱللهُ أعلمُ.

الثامنةُ: في ضبط ما يحلف به، وفيه طريقان.

إحداهما، وهي أقصرُهما: أَنَّ اليمينَ إنَّما تنعقدُ إذا حلفَ بما مفهومُهُ ذاتُ الباري سبحانَهُ وتعالىٰ، أو صِفَة من صفاتِهِ.

والثانيةُ، وهي أقربُ إلىٰ سياقِ « المختصر »: أنها لا تنعقدُ، إلاَّ إذا حَلفَ بٱللهِ، أو باسمٍ من أسمائِهِ، أو صِفةٍ من صِفاتِهِ، وأرادَ بالقِسْمِ الأَوَّلِ: أَنْ يذكرَ ما يفهمُ منه ذات ٱللهِ تعالىٰ، ولا يَحْتمل غيره مِنْ غيرِ أَنْ يأتي باسمٍ مُفْردٍ، أو مُضَافٍ من أسمائِهِ الحُسنىٰ، وذٰلك كقولِهِ: والذي أَعْبُدُهُ، أو أَسْجُدُ له، أو أُصلي له[١]، أَوْ الذي[٢] فَلَقَ الحبَّةَ، أو نفسي بيده، أَوْ ومُقَلِّبِ[٣] القُلوب، فتنعقدُ يمينُهُ، سواءٌ أَطلقَ، أو نوىٰ ٱللهَ سبحانه وتعالىٰ، أو غيرَه.

وإذا قالَ: قصدْتُ غيرَه، لم يُقْبَلْ ظاهراً قطعاً، وكذا لا يُقبلُ أيضاً فيما بينَهُ وبَين ٱللهِ تعالىٰ علىٰ الصحيح المعروف في المذهب، وحُكي فيه وجهٌ ضعيفٌ.

وأَمَّا القِسْمُ الثاني، وهو الحَلِفُ بالأسماءِ، فالأسماءُ ثلاثةُ أنواعٍ:

أحدُها: ما يختصُّ بٱللهِ تعالىٰ، ولا يطلقُ في حَقِّ غيرِهِ، كٱللهِ، والإلـٰهِ، والرحمـٰنِ، وربِّ العالمينَ، ومالكِ يومِ الدينِ، وخالقِ الخَلْقِ، والحَيِّ الذي لا يَموتُ، والأولِ الذي ليس قبلَه شيء، والواحد الذي ليس كمثلِهِ شيء، فحكمُ الحَلِفِ به حكمُ القِسْمِ الأولِ.

وفي « كِتابِ ابْنِ كَجٍّ »: أَنه ليس في الأسماءِ صريحٌ في الحَلِفِ إلاَّ ٱلله، وهـٰذا غريبٌ ضعيفٌ.

النوعُ الثاني: ما يطلقُ في حَقِّ [ٱلله وفي حَق][٤] غيرِ ٱلله تعالىٰ؛ لـٰكن

---

(١) في (ظ): « أو أَنْ أصلي له ».

(٢) في المطبوع: « والذي » بدل: « أو الذي ».

(٣) في المطبوع: « أو مقلِّب ».

(٤) ما بين حاصرتين ساقط من (ظ، أ).

الغالب استعماله في حَقِّ ٱللهِ تعالىٰ، وأنه يُقَيَّدُ في حَقِّ غيرِهِ بِضَرْبِ تَقْييدٍ، كالجبَّارِ، والحَقِّ، والرَّبِّ، والمتكبِّر، والقادِر، والقاهِر؛ فإنْ حلَفَ باسمٍ منها ونوىٰ ٱلله تعالىٰ، أو أطلقَ، فيمينٌ، وإنْ نوىٰ غيرَ ٱللهِ فليس بيمينٍ.

والخالقُ، والرزاقُ، والرحيمُ مِنْ هـٰذا النوعِ علىٰ الصحيح، وبه قطعَ الجمهورُ، وقيلَ: من الأولِ.

النوعُ الثالثُ: ما يطلقُ في حَقِّ ٱللهِ تعالىٰ، وفي حَقِّ غيرِهِ، ولا يغلبُ استعمالُهُ في أحدِ الطرَفين، كالحَيِّ، والموجودِ، والمُؤْمِن[1]، والكريمِ، والغنيِّ، وشِبْهِها؛ فإنْ نوىٰ به غيرَ ٱلله تعالىٰ، أو أطلقَ، فليس بيمين، وإنْ نوىٰ ٱلله تعالىٰ، فوجهانِ.

أحدهما: يَمينٌ، وبه قطع صاحِبا[2] « المهذَّب »[3]، و« التهذيب »[4]. وفي « شَرْحِ المُوَفَّقِ بِنْ طاهِرٍ »[5] أنَّ صاحب « التقريبِ »[6]، وأبا يَعْقُوب[7]، قطعا به، ونقلاه عن شيوخِ الأصحاب.

والثاني، وهو الأصحُّ، وبه أجابَ الشيخُ أبو حامد، وابْنُ الصبَّاغِ، وسائِرُ العراقيينَ، والإمامُ والغزاليُّ [١٢٠١ / أ]: لا يكون يميناً[8]؛ لأنَّ اليمينَ إنما تنعقدُ باسم مُعَظَّم، والأسماءُ التي تطلق في حَقِّ الخالقِ والمخلوق إطلاقاً واحداً ليس لها حُرْمَةٌ ولا عظم[9].

قلتُ: الأصحُّ أنه يمين، وبه قطع الرافعيُّ في « المُحَرَّر »، وصاحِبُ « التنبيه »، والجُرْجانِيُّ، وغيرُهما من العراقيين؛ لأنه اسم يطلقُ علىٰ ٱللهِ تعالىٰ، وقد نواه، وقولهم: « ليس له حُرْمَةٌ » مردودٌ. **وٱلله أعلمُ**.

---

(١) سُمي الله مؤمناً؛ لأنه آمَنَ عباده من أن يظلمهم (النظم المستعذب: ٢ / ١٢٩).
(٢) في (أ)، والمطبوع: « صاحب ».
(٣) انظر: (المهذب: ٤ / ٤٨٤).
(٤) انظر: (التهذيب: ٨ / ٩٨).
(٥) هو شَرْحٌ لمختصر أبي محمدٍ الجويني. انظر: (تهذيب الأسماء واللغات: ٢ / ٢٥٧).
(٦) (صاحبُ التقريب): هو أبو الحسن، القاسم بن القَفَّال الشاشي الكبير.
(٧) هو أبو يعقوب الأَبِيْوَرْديُّ، يوسف بن محمد. سلفت ترجمته.
(٨) كلمة: « يميناً » ساقطة من (ظ).
(٩) في المطبوع، و(فتح العزيز: ١٢ / ٢٤٢): « عظمة ».

والسميعُ، والبصيرُ، والعليمُ، والحكيمُ من هـٰذا النوع، لا من الثاني علىٰ الأصحِّ؛ فقد عَدَّ البغويُّ[١] « العالِمَ » مِنْ هـٰذا النوعِ.

واعلم: أَنَّ ابْنَ كَجٍّ نقلَ وجهاً: أَنَّ الحَلِفَ بأَيِّ اسمٍ كان من الأَسماءِ التسعةِ والتسعينَ المذكورةِ في الحديثِ[٢] صريحٌ، ولا فَرقَ بين بعضِها وبعضِها[٣]، وهـٰذا غريب.

وأَمَّا القِسْمُ الثالث، فالحَلِفُ بالصِّفاتِ، فنتكلَّم[٤] في صور:

منها: إذا قال: وَحقِّ ٱللهِ، لأَفعلَنَّ كذا، فإن [نوىٰ][٥] به اليمينَ، فيمينٌ، وإِنْ نوىٰ غيرَها من العباداتِ وغيرِها، فليس بيمينٍ، وإِنْ أطلقَ، فوجهان

أحدهما: ليس بيمينٍ، حُكي عن المُزَنِيِّ، وأبي إسحاقَ، واختارَهُ الإمامُ[٦] والغزاليُّ.

والصحيحُ المنصوصُ الذي قطع به الجمهورُ: أنه يمينٌ؛ لأنه غلبَ استعماله في اليمينِ، فتصير هـٰذه القرينة صارفةً لِلَّفظِ إلىٰ معنىٰ استحقاقِ الإلـٰهيّة والعظمة.

وقال المُتَوَلِّي: ولو قال: وحَقُّ ٱللهِ، بالرفع، ونوىٰ اليمينَ، فيمينٌ، وإِنْ أطلقَ، فلا. وإِنْ قاله بالنصب، وأطلقَ فوجهانِ، والذي أجاب به البغويُّ[٧]: المنعُ في النصبِ أَيضاً.

---

(١) انظر: (التهذيب: ٨ / ٩٨).

(٢) أخرج البخاريُّ (٢٧٣٦)، ومسلم (٢٦٧٧) عن أبي هريرة، قال: قال رسول ٱلله ﷺ: « إنَّ لله تسعةً وتسعين اسماً من أحصاها دخل الجنة ».

وأخرجه مع ذكر الأسماء: الترمذيُّ (٣٥٠٢)، وابن ماجَهْ (٣٨٦١)، والبيهقي في السنن الكبرىٰ (١٠ / ٢٧ ـ ٢٨)، وصححه ابن حبان (٢٣٨٤) موارد، وحسَّنه المصنف في (الأذكار ص: ١٤١)، وقال الترمذي: « هـٰذا حديث غريب »، وقال الحافظ ابن كثير في « تفسيره »: « والذي عَوَّل عليه جماعة من الحفَّاظ: أَنَّ سَرْدَ الأسماء في هـٰذا الحديث مدرج فيه »، ونحوه قال الحافظ ابن حجر في (بلوغ المرام ص: ٣٨٣) بتحقيقي.

(٣) في المطبوع: « وبعض ».

(٤) في المطبوع: (فمتكلّم ».

(٥) ما بين حاصرتين ساقط من (ظ).

(٦) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٢٩٩).

(٧) انظر: (التهذيب: ٨ / ٩٩).

ومنها: قولُه: وحُرْمَةِ ٱللهِ، وهو كقوله: وحَقِّ ٱللهِ، وقيل: هو كقولِهِ: وعَظَمَةِ ٱللهِ، كما سنذكرهُ، إنْ شاءَ ٱللهُ تعالىٰ.

ومنها: قولُه: وقُدْرَةِ ٱللهِ، وعلمِ ٱللهِ، ومشيئةِ ٱللهِ، وسَمْعِ ٱللهِ، وبَصَرِ ٱللهِ، فهٰذه صفاتٌ قديمةٌ؛ فإنْ نوىٰ بها اليمينَ، أو أطلقَ، انعقدَتْ يمينُهُ، وإنْ أرادَ بالعلم: المعلومَ، وبالقُدرة: المقدورَ قُبِلَ قولُهُ، ولم يكُنْ يميناً؛ لأنَّ اللفظَ مُحتمل له، ولهٰذا يقالُ في الدعاءِ: اغْفِرْ علمَك فينا، أي: معلومَكَ، ويقال: انظُرْ إلىٰ قُدرة ٱللهِ، أي: مقدورِه، فيكون كقولِهِ: ومعلوم ٱلله، ومقدورِه، وخلقِ ٱللهِ، وذٰلك ليس بيمين، وبمثله أجابَ الإمامُ[1] في « إحياءِ ٱللهِ تعالىٰ ».

وإنْ قال: وَعَظَمَةِ ٱللهِ، وكبرياءِ ٱللهِ، وعِزّتِهِ وجَلاله، وبقائِهِ، فالحكمُ كما في العِلْم والقُدرة، ولم يفرِّقوا بين الصفاتِ المعنويَّةِ الزائدةِ علىٰ الذاتِ[2]، وغيرها، هٰذا هو المذهبُ الذي قطعَ به الجمهورُ في هٰذه الصفاتِ.

وحكىٰ الإمامُ[3] وجهاً[4]: أَنَّ الحَلِفَ بهٰذه الصفاتِ، كالحَلِفِ بٱلله تعالىٰ، حتَّىٰ لو قال: أردتُ غيرَ اليمينِ، لا يقبلُ ظاهِراً.

ووجهاً: أنه إنْ أرادَ غيرَ اليمين، يقبلُ في العلم والقُدرة؛ للاحتمالِ المذكور، ولا يقبلُ في العَظمة، والجَلالِ، والكبرياءِ؛ إذْ لا يتخيَّلُ فيها مثل ذاكَ الاحتمال، وضَعَّفَ هٰذا، وقال[5]: قد يقال عايَنْتُ عظمَةَ ٱللهِ، وكِبْرياءَه، ويريدُ: مِثْلَ ذلكَ.

ومنها: لو قال: وكلامِ ٱللهِ، انعقدَتْ يمينُهُ.

---

(١) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٢٩٩).

(٢) الصفات المعنوية الزائدة علىٰ الذات عند الأشاعرة ثمانية، وهي: المشار إليها بقول الشيخ علي بن محمد الباجي، المتوفىٰ بالقاهرة سنة (٧١٤ هـ) [الطويل]:

حيــاةٌ وعلــمٌ قــدرة وإرادة ... كــلام وإبصــار وسمــعٌ مــع البقــا
صفــات لــذاتِ اللهِ جَــلَّ قــديمــة ... لــدىٰ الأشعــري الحَبْــرِ ذي العلــم والتُّقــىٰ
ولــم يلتــزم منهــا بشــيءٍ شيــوخــه ... وكــل بمشتقــاتهــا قــال مطلقــا

انظر: (النجم الوهَّاج: ١٠ / ١٣).

(٣) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٢٩٣ ـ ٢٩٤).

(٤) في المطبوع: « وجهان »، خطأ.

(٥) في (ظ): « قال » بدون « الواو »، وانظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٢٩٤).

قال البغويُّ[١]: وكذا لو قال: وكتابِ ٱللهِ، وقُرآنِ ٱللهِ.

قال إبراهيمُ المَرُّوْذِيُّ[٢]: وكذا لو قال: والقرآنِ، أو والمُثْبَتِ في المُصْحَفِ.

قال المُتَولِّي: وإنْ حلفَ بالمصحَفِ، نُظِرَ:

إنْ قال: وحُرْمَةِ ما هو مكتوبٌ فيه، فهو يمينٌ [١٢٠١ / ب]، وكذا إنْ[٣] قال: وحُرْمَةِ هـٰذا المصحَفِ؛ لأن احترامَه؛ لما هو مكتوبٌ فيه، وإنْ[٤] أراد الرَّقَّ[٥]، والجِلْدَ لم يكُنْ يميناً.

قُلْتُ: لم يتعرَّضْ لما إذا قالَ: والمُصْحَفِ، وأطلقَ، وهو يمينٌ، صرَّح به بعضُ الأصحاب، وبه أفتىٰ الإمامُ أبو القاسِمِ الدَّوْلَعِيُّ[٦]، خطيبُ دمشق، من متأخِّري أصحابِنا [قال][٧]: لأنه إنما يقصِدُ به الحَلِفَ بالقرآنِ المكتوب، ومذهبُ أصحابِنا وغيرِهم من أهل السُّنَّةِ؛ أَنَّ القرآنَ مكتوب[٨] في المصاحف، محفوظ في الصدور، ولا يَقْصِدُ الحالِفُ نفسَ الوَرَقِ، والمِدَاد.

ويؤيِّدُه أَنَّ الشافعيَّ رضيَ ٱللهُ عنه، استحسَن التحليفَ بالمُصْحَفِ، واتفقَ الأصحابُ عليه، ولو لم ينعقِدِ اليمينُ به عند الإطلاق، لم يحلفْ به. **وٱللهُ أعلمُ**.

---

(١) انظر: (التهذيب: ٨ / ٩٩).

(٢) في المطبوع: « المروزي »، تحريف.

(٣) في المطبوع: « لو » بدل: « إِنْ ».

(٤) في المطبوع: « وإذا ».

(٥) **الرَّق**: الجِلْدُ يكتب فيه (المصباح: ر ق ق).

(٦) هو ضياء الدين، عبد الملك بن زيد بن ياسين التغلبيُّ، خطيب دمشق ومفتيها. منسوب إلىٰ الدَّوْلعيَّة: قريةٍ من قُرىٰ المَوْصِلِ. كان أحد الفقهاء المشهورين، والصلحاء الورعين، والأئمة المحققين، استوطن دمشق وتولَّىٰ الخطابة والتدريس بجامعها.

ولد سنة (٥١٤ هـ). وقيل غير ذٰلك. ومات في شهر ربيع الأول سنة (٥٩٨ هـ). من كتبه: « الرسالة » المصنفة في بيان سبل السنة المشرفة، وكتاب في « تحريم سماع اليراع ». له ترجمة في (طبقات ابن الصلاح بتهذيب الإمام النووي: ٢ / ٥٧٠)، و(سير أعلام النبلاء: ٢١ / ٣٥٠)، وفي حاشيتيهما مصادرها. وهـٰذا الإمامُ فات المصنف رَحِمَهُ ٱللهُ ترجمته في « تهذيب الأسماء واللغات »، وهو من شرطه.

(٧) كلمة: « قال » ساقطة من (ظ).

(٨) في (ظ): « المكتوب ».

ولو قال: والقرآنِ، وأرادَ غيرَ اليمين، لم يكن يميناً، فقد يرادُ بالقُرآنِ: الخُطبةُ، والصلاةُ.

التاسعة: إذا [قال][١]: أُقسِمُ بٱللهِ، أو أقسمْتُ بٱلله، أو أَحْلِفُ بٱللهِ، أو حلفتُ بٱلله، فله أحوال.

أحدُها: أَنْ يقول: [أردْتُ][٢] بالأَولِ: الوَعْدَ بالحَلِفِ، وبالثاني: الإخبارَ عن ماضٍ، فيقبلُ باطناً.

وأمَّا في الظاهِرِ؛ فإنْ عُلِمَ له يمينٌ ماضيةٌ، قُبِلَ قولُهُ في إرادتها « بأقسَمْتُ » و« حلَفْتُ » بلا خلافٍ، وإلَّا فالنصُّ أنه يقبلُ أيضاً قولُهُ في إرادة الوعدِ والإخبار، وقال في « الإيلاء »: إذا قال: أقسمْتُ بٱللهِ لا وطئتُكِ، ثم قال: أَرَدْتُ يميناً ماضيةً لم يُقْبَلْ.

وللأصحاب فيها ثلاثُ طرق[٣]:

المذهب [في][٤] أن في الإيلاء، وسائِرِ الأَيمان قولَين، أظهرُهما: القَبُولُ؛ لظُهورِ الاحتمالِ.

والثاني: المَنعُ؛ لظهورِه في الإنشاءِ.

والطريق الثاني: القطعُ بالمنع، وحمل ما ذكره هنا على القبولِ باطناً.

والثالث: تقريرُ النصَّين. والفرقُ أَنَّ الإيلاء متعلّق حَقِّ المرأة، وحَقُّ الآدميِّ مبنيٌّ على المُضَايقة، وسائِرُ الأيمانِ واجبُها الكفَّارة، وهي حَقٌّ لله[٥] تعالى.

الحالُ الثاني: أَنْ يقولَ: أردْتُ اليمينَ، فيكونُ يميناً قطعاً.

---

(١) كلمة: « قال » ساقطة من (ظ).

(٢) كلمة: « أردتُ » ساقطة من (ظ).

(٣) في المطبوع: « ثلاثة طرق ». قال المصنف في (تهذيب الأسماء واللغات: ٣ / ٣٢٥): « الطريقُ: يُذكَّرُ ويؤنَّث، لغتان فصيحتان ».

(٤) كلمة: « في » ساقطة من (ظ).

(٥) في المطبوع: « الله ».

الحال الثالث: أَنْ يُطْلِقَ، فالمذهبُ عند الجمهور: أنه يمينٌ، وخالفهم الإمامُ في الترجيح[١].

وقيل: وجهان.

وقيل: قولانِ.

وقيل: « أُقْسِمُ » صريحٌ، بخلاف « أقسَمْتُ »، وهو ضعيفٌ.

قلتُ: لو قال: آلَيْتُ، أو أُؤْلي، فهو كَحَلَفْتُ[٢]، أو أَحْلِفُ، ذكرَهُ الدَّارِمِيُّ[٣]، وهو ظاهِرٌ. **وٱللهُ أعلمُ.**

العاشرة: إذا قال: أشهدُ بٱللهِ، أو شَهِدْتُ بٱللهِ؛ فإنْ نوىٰ اليمينَ، فيمينٌ، وإنْ أرادَ غيرَ اليمينِ، فليسَ بيمين، وإنْ أطلقَ: فالمذهبُ: أنه ليس بيمينٍ؛ لتردُّدِ الصيغةِ، وعَدَم اطِّرادِ عُرْفٍ شرعيٍّ، أو لُغَوي، ونقل الإمامُ[٤] هٰذا عن العراقيين، وبه قال ابْنُ سَلَمَةَ.

فَرْعٌ: لو قال: أَعْزِمُ بٱللهِ، أو عَزَمْتُ بٱللهِ، لأفعلَنَّ؛ فإنْ نوىٰ غيرَ اليمين، أو أطلَق، فليس بيمينٍ، وإنْ نوىٰ اليمينَ، فيمينٌ.

فَرْعٌ: لو قال: أُقْسِمُ، أو أَقْسَمْتُ، أو أَحْلِفُ، أو حَلَفْتُ[٥]، أو أَشهدُ، أَوْ شهدْتُ، أو أَعْزِمُ، أو عَزَمْتُ لأفعلَنَّ كذا، ولم يقل: « بٱلله »، لم يكن يميناً، وإنْ نوىٰ اليمينَ؛ لأنه لم يَحْلِفْ باسم ٱلله تعالىٰ، ولا بصفته.

فَرْعٌ: لو قال المُلاعِنُ في لِعانه: أشهدُ بٱللهِ، وكان كاذباً، هل يلزمُهُ الكفارةُ؟ وجهانِ [١٢٠٢ / أ].

أصحُّهما: نَعَمْ، والخلافُ شبيهٌ بالخلافِ في وُجوب الكفَّارة علىٰ المُوْلِي إذا وَطِئ.

---

(١) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٢٩٤ ـ ٢٩٥).
(٢) في المطبوع: « كَحَلَفَ »، خطأ.
(٣) هو أبو الفَرَج الدَّارِميُّ، محمد بن عبد الواحد البغداديُّ.
(٤) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٢٩٥).
(٥) في المطبوع: « أو حلف »، خطأ.

قال الإمامُ[1]: والصورةُ مفروضةٌ فيما إذا زعمَ أنه قَصَدَ اليمينَ، أو أطلقَ، وجعلنا مُطلقه يميناً.

قال: ويمكنُ أَنْ يجيءَ الخلافُ وإنْ قصدَ غيرَ اليمين؛ لأنَّ ألفاظَ اللِّعانِ معروضةٌ عليه في مجلس الحُكم، ولا أثَرَ للتَّورية في مجلسِ الحكم.

الحادية عَشْرَةَ: إذا قال: وايْمُ ٱللهِ[2] أو: وايْمُنُ ٱللهِ[3]، لأفعلَنَّ كذا، فإن نوىٰ اليمين، فيمينٌ، وإِنْ أطلقَ، فليس بيمين، علىٰ الأصحِّ؛ لأنه وإنْ كان مشهوراً في اللغة، فلا يعرفُهُ إلَّا خَوَاصُّ الناسِ.

قال الأصحابُ: ولو قال: لاها ٱللهِ، ولم يَنْوِ اليمينَ، فليس بيمينٍ، وإنْ كان مستعملاً في اللُّغة؛ لعدَمِ اشتهارِهِ.

قلتُ: قولُهُ[4]: « وايْمُ ٱللهِ » بكسرِ الميمِ وضَمِّها، والضمُّ: أشهرُ، و« لاهَا ٱللهِ » بالمدِّ والقَصْرِ[5]، وإنْ نوىٰ به اليمينَ، كان يميناً قطعاً. **وٱللهُ أعلمُ**.

الثانيَةَ عشْرَةَ: إذا قال: لَعَمْرُ ٱللهِ، لأفعلَنَّ؛ إنْ نوىٰ اليمينَ[6]، فيمينٌ[7]، وإنْ أطلقَ، فلا، علىٰ الأصحِّ.

الثالثةَ عَشْرَةَ: إذا قال: عَلَيَّ عَهْدُ ٱللهِ وميثاقُهُ، وذِمتُهُ، وأمانتُهُ، وكفالتُهُ

---

(١) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٢٩٥).

(٢) وايْمُ اللهِ: من الألفاظ الصريحة في القَسَم، وهو لغةٌ في « ايْمُنُ الله »، ولا يستعملُ إلَّا مضافاً إلىٰ لفظ الجلالة. الواو: بحسب ما قبلها، ايْمُ: مبتدأ مرفوع، خبره محذوف وجوباً، تقديره: قَسَمي (معجم الشوارد النحوية ص: ١٥٤)، وانظر: (المصباح: ي م ن). و(النظم المستعذب: ٢ / ١٣٠)، و(فتح الباري: ١١ / ٥٢٠ ـ ٥٢١).

(٣) وايْمُنُ اللهِ: تعبير يستعمل في القسم، همزته همزة وصلٍ، أو قطع علىٰ خلافٍ بين مَنْ قال إنه اسمٌ وضع للقسم هٰكذا، ومن قال إنه جمع يَمينٍ، ويعرب مبتدأ، خبره محذوف وجوباً، تقديره: قَسَمي (معجم الشوارد النحوية ص: ١٥٤). وانظر: (المصباح: ي م ن)، و(فتح الباري: ١١ / ٥٢٢).

(٤) في المطبوع: « وقوله ».

(٥) قال الركبي في (النظم المستعذب: ٢ / ١٣٠): « لاها الله: هي هٰهنا التي للتنبيه، جعلت عِوَضاً من حرفِ القسم، وقد روي فيها المد، ولا أعلم لها وجهاً. . . ».

(٦) كلمة: « اليمين » ساقطة من المطبوع.

(٧) لأن معناه: بَقَاءُ اللهِ وحياتُهُ (البيان: ١٠ / ٥٠٥)، وانظر: (نهاية الغريب: عمر).

لأفعلَنَّ [كذا][(١)]، فإنْ نوىٰ اليمينَ فيمينٌ، والمرادُ من « عهد ٱلله » استحقاقُهُ لإيجابِ ما أوجَبَه عَلينا، وتَعَبَّدنا[(٢)] به.

وإنْ أرادَ غير اليمين، كالعباداتِ، فليس بيمينٍ.

وإن أطلقَ، فوجهانِ، قال أبو إسحاق: يمينٌ؛ للعادةِ الغالبة، والأصحُّ المَنْعُ؛ لتردُّد اللفظ، وقد فُسِّرت « الأمانةُ » في قولِ ٱللهِ تعالىٰ: ﴿ إِنَّا عَرَضْنَا ٱلْأَمَانَةَ ﴾ [الأحزاب: ٧٢] بالعبادات[(٣)]. وإذا أرادَ اليمينَ بهـٰذه الألفاظ، انعقدت يمينٌ واحدةٌ، والجمعُ بين الألفاظ تأكيدٌ؛ كقوله: وٱللهِ الرحمـٰنِ الرحيمِ، فلا[(٤)] يتعلَّق بالحِنْثِ فيها إلَّا كفارةٌ واحدةٌ. ولكَ أَنْ تقولَ: إنْ قصَد بكل لفظٍ يميناً، فليكن، كما لو حلفَ علىٰ الفعل الواحِد مِراراً.

قلتُ: هـٰذا الذي استدركه الرافعيُّ رَحِمَهُ ٱللهُ صحيحٌ موافِق للنقل، قال الدارِمِيُّ: قال ابْنُ القَطَّانِ: إذا نوىٰ التكرارَ، ففي تَكَرُّرِ[(٥)] الكفارة القولان فيمن حلف علىٰ الفعل الواحد مراراً، وطرده في قوله: وٱللهِ الرَّحمـٰنِ الرحيمِ. **وٱلله أعلمُ.**

أَمَّا إذا قال: وعَهْدِ ٱللهِ، وميثاقِ ٱللهِ، وأمانةِ ٱلله، فقال المُتَوَلِّي: إنْ نوىٰ اليمينَ، فيمينٌ، وإِنْ أطلقَ، فلا.

قلتُ: قد ذكر الرافعيُّ نَذْرَ اللَّجَاجِ والغَضَب في هـٰذا الموضع، وقد قدمته في « كتاب النذور »[(٦)]. **وٱللهُ أعلمُ**[(٧)].

✍ ✍ ✍

---

(١) ما بين حاصرتين من المطبوع.
(٢) في المطبوع: « أو تعبدنا ».
(٣) في المطبوع: « بالعبادة ».
(٤) في المطبوع: « لا ».
(٥) في المطبوع: « تكرار ».
(٦) في (ظ): « كتاب الأذكار »، خطأ.
(٧) قوله: « والله أعلم »ساقط من المطبوع.







الباب الثاني
في كَفَّارَةِ اليمينِ

فيه ثلاثةُ أطرافٍ:

الأول: في سبب الكَفَّارة: وهي واجبةٌ على مَنْ حَنِثَ.

وفي سَبَبِ وجوبها وجهانِ.

الصحيحُ عند الجمهور: أنه اليمينُ، والحِنْثُ[1] جميعاً.

والثاني: أنه اليمينُ فقط، ولكن الحِنْث شرطٌ.

فَصْلٌ: يجوزُ التكفيرُ قبلَ الحِنْثِ إنْ كفَّر بغيرِ الصومِ، ولم يكنِ الحِنْثُ معصيةً. والمستَحبُّ[2] أَنْ يؤخّر التكفير على[3] الحِنْثِ؛ ليخرجَ من خلاف أبي حنيفةَ، رَحِمَهُ اللهُ. وإنْ كَفَّرَ بالصوم؛ فالصحيحُ المشهورُ: أنه لا يجوزُ تقديمُهُ على الحِنْثِ، وفيه وَجْهٌ، وقولٌ قديمٌ: أنه يجوزُ.

وإنْ كان الحِنْثُ بمعصيةٍ؛ بأَنْ حَلَفَ لا يزني فهل يُجزئُهُ التكفيرُ قبلَهُ؟ وجهانِ.

أصحُّهما عند الأكثرينَ [١٢٠٢ / ب]: نَعَمْ.

---

(١) الحنثُ: في الأصل: الذنبُ والإثم، وبلغ الغلامُ الحنث؛ أي: المعصية والطاعة، والحنثُ أيضاً الخُلْفُ في اليمين، يقال: حَنِثَ في يمينه؛ أي: لم يبرَّ فيأثم ويذنب، وقيل: الحنثُ: الرجوع في اليمين؛ أي: يفعل ما حلفَ عليه أن لا يفعل (النظم المستعذب: ٢ / ١٣١)، وانظر: (المصباح: ح ن ث).

(٢) في المطبوع: « ويستحبُّ ».

(٣) في المطبوع: « عن ».

ولو قال : أعتقتُ هـٰذا العبدَ عن كفَّارة يميني إذا حَنِثْتُ . عَتَقَ العبدُ عن الكفَّارة إذا حَنِثَ ، بخلافِ ما لو قال : أعتقْتُهُ عن الكَفَّارة إذا حلفْتُ ؛ [فإنه][1] لا يُجزئُهُ عن الكفَّارة ؛ لأنه قَدَّمَ التعليقَ علىٰ اليمين . وفي الصورة السابقة قَدَّمه علىٰ الحِنْثِ فقط .

ولو قال : إذا حَنِثْتُ في يميني غداً ، فهو حُرٌّ عن كفَّارتي ؛ فإِنْ حَنِثَ غداً ، عَتَقَ عن الكَفَّارة ، وإلَّا لَمْ يَعْتِقْ ؛ لأن المُعَلَّق عليه لم يوجَدْ .

ولو قال : أعتَقْتُهُ عن كفارة يميني إنْ حَنِثْتُ ، ثم بان أَنه حَنِثَ ، عَتَق عن الكفَّارة ، وإلَّا لم يَعْتِقْ .

ولو قال : أعتقْتُهُ عن كَفَّارة يميني إِنْ حلفْتُ وحَنِثْتُ ، فبانَ حالِفاً ، قال البغويُّ[2] : ينبغي ألَّا يجزئه ؛ لأنه شاكٌّ في اليمين ، وفي الصورة السابقةِ : الشكُّ في الحِنْثِ ، والتكفيرُ قبلَ الحِنْثِ جائز ، وعلىٰ قياسِه لو قال : هو حُرٌّ عن ظِهَاري إِنْ ظاهَرْتُ ، فبانَ أنه ظاهَرَ ، ينبغي[3] أَنْ لا يجوزَ .

فَرْعٌ: أعتَق عبداً عن الكفَّارة قبل الحِنْثِ ، ثم ارتدَّ العبدُ ، أو مات قبل الحِنْثِ ، لم يُجْزِئْهُ عن الكفَّارة ، كما لو عَجَّلَ الزكاةَ ، ثم ارتدَّ المدفوعُ إليه قبل تمامِ الحولِ . وتَغيُّرُ الحالِ في التكفيرِ قبلَ الحِنْثِ ، كهو في تعجيلِ الزكاة .

قال البغويُّ[4] : ويحتملُ أَنْ يجزِئَهُ إذا ارتدَّ ، أو ماتَ ، كما لو ماتت الشاةُ المعجَّلة قبلَ الحولِ .

فَرْعٌ: يجوزُ تقديمُ كَفَّارة القَتْلِ علىٰ الزّهوقِ بعد حُصول الجرْحِ ، وتقديمُ جزاءِ الصيدِ علىٰ الزُّهُوقِ[5] بعد جرح الصيد ، هـٰذا هو المذهبُ .

وقيل : فيهما الخلافُ في تقديمِ الكفارة علىٰ الحِنْثِ المحرَّمِ ؛ لأن سِرايةَ فِعْلِهِ كَفِعْلِهِ ، وهو حَرام ، وهـٰذا ليس بشيءٍ .

---

(١) ما بين حاصرتين من المطبوع .
(٢) انظر : (التهذيب : ٨ / ١١٠) .
(٣) في (ظ) : « أنه » بدل : « ينبغي » .
(٤) انظر : (التهذيب : ٨ / ١١٠) .
(٥) قوله : « بعد حصول . . . علىٰ الزُّهوق » ساقط من (ظ) .

قال الإمامُ[١] : وقياسُه أَنْ يقالَ : لو حَلَفَ : لا يقتلُ زيداً، فجرحَهُ، وكفَّر عن اليمين قبلَ حُصولِ الزُّهُوقِ، ففي الإجزاءِ الوجهانِ. قال : وهو بعيدٌ.

ثم هٰذا في التَّـكْفير بالإعتاق، فَأَمّا[٢] الصوم فلا يقدَّم علىٰ الصحيح، كما سبق. ولا يجوزُ تَقديمُ كفَّارةِ القتل علىٰ الجرْح بحالٍ، لا في الآدميِّ ولا في الصَّيد، وفيه احتمالٌ لابْنِ سَلَمَة؛ تنزيلاً للعصمةِ منزلةَ أحدِ السببَين، وحكىٰ ابْنُ كَجٍّ وجهاً في جواز التقديم علىٰ جرْحِ الصيدِ، ووجهاً أنه إنْ كانَ يقتلُهُ مختاراً بلا ضرورة لم يَجُزْ، وإنِ اضطرَّه[٣] الصيدُ إليه، جاز، والمذهَبُ: الأولُ.

فَرْعٌ: التكفيرُ عن الظِّهارِ بالمالِ بعد الظِّهارِ وقبلَ العَوْدِ جائزٌ علىٰ المذهب.

وقيل : فيه الخلافُ في الحِنْثِ المحرَّم، وليس بشيء؛ لأن العَوْدَ ليس بحرامٍ، ويتصورُ التكفيرُ بين الظهارِ والعَوْدِ، فيما إذا ظاهَرَ مِنْ رجعيَّةٍ، ثم كَفَّرَ، ثم راجَعَها، وفيما إذا ظاهَرَ، ثم طلَّقَ رجعيّاً، ثم كَفَّرَ، ثم راجَعَ، أو طلَّقَ بائناً وكفَّرَ، ثم نَـكَحها، وقلنا: يعود الحنث، وفيما[٤] إذا ظاهَرَ مؤقّتاً، وصحَّحناهُ[٥]، وكفَّر، وصارَ عائِداً بالوطء، وفيما إذا ظاهَرَ، وارتدَّتِ الزوجةُ عقبَهُ، فكفَّرَ، ثم أسلمَتْ، ثم صارَ عائِداً، وأَمَّا إذا ظاهَرَ، وأعتقَ علىٰ الاتصالِ عن ظهارِهِ، فهٰذا ليس بتكفيرٍ قبل العَوْدِ؛ بل هو تكفيرٌ مع العَوْدِ؛ لأن اشتغالهُ بالإعتاقِ عَوْدٌ، والحُكمُ الإجزاءُ أيضاً.

فَرْعٌ: لا يجوزُ تقديمُ كفَّارة الجِماعِ في شهرِ رمضانَ، ولا في الحَجِّ والعُمرة علىٰ الجِماع.

وقيل: يجوزُ كَكَفَّارة[٦] اليمينِ، والصحيحُ: الأولُ؛ لأنَّ هٰذه [١٢٠٣ / أ] الكفارةَ لا تنسبُ إلىٰ الصوم والإحرام؛ بل إلىٰ الجماع، وتلك تنسبُ إلىٰ اليمينِ، وكذا لا يجوزُ تقديمُ فِدْيةِ الحَلْقِ، والتطيُّبِ، واللُّبْسِ عليها؛ فإنْ وُجِدَ سببٌ يجوِّزُ

---

(١) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٣١١).
(٢) في المطبوع: « وأَمَّا ».
(٣) في (ظ) والمطبوع: « اضطرَّ » المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٢ / ٢٦٠).
(٤) في المطبوع: « فيما » بدون « الواو »، خطأ.
(٥) في المطبوع: « وصحَّحنا ».
(٦) في المطبوع: « لكفارة ».

فعلها؛ بأنِ احتاجَ إلىٰ الحَلقِ، أو التطيُّبِ؛ لمرضٍ، أو اللُّبْس؛ لِبَرْدٍ، جازَ التقديمُ علىٰ الأَصَحِّ.

فَرْعٌ: يجوزُ تعجيلُ المنذور[1] إذا كان ماليّاً؛ بأَنْ قال: إنْ شفَىٰ ٱللهُ مريضي، أو رَدَّ غائبي، فلِلَّهِ عليَّ أَنْ أعتقَ، أو أتصدَّقَ بكذا، فَيجوزُ تقديمُ الإعتاقِ والتصدُّقِ علىٰ الشفاءِ، ورجوعِ الغائبِ. وفي « فَتَاوىٰ القَفَّالِ » ما ينازعُ فيه.

فَرْعٌ: الحامِلُ والمرضِعُ إذا شَرَعَتا في الصوم، ثم أرادَتَا الإفطارَ، فأخرجَتَا الفديةَ قبل الإفطارِ، جازَ علىٰ الأصحِّ، وعلىٰ هٰذا: ففي جوازِ تعجيلِ الفِدية لسائرِ الأيامِ وجهان؛ كتعجيلِ زكاةِ عامَين.

فَصْلٌ: تكرهُ اليمينُ إلَّا إذا كانت في طاعةٍ، كالبَيْعةِ علىٰ الجهادِ، ويُستثنىٰ أيضاً الأيمانُ الواقعةُ في الدَّعاوىٰ، إذا كانت صادقةً؛ فإنها لا تُكرَهُ.

قلتُ: وكذا لا يُكرَهُ إذا دَعَتْ إليه حاجةٌ، كتوكيدِ كلامٍ، وتعظيم[2] أَمْرِهِ. كقولِ النبيِّ ﷺ في الحديثِ الصحيح: « **فَوَٱللهِ! لا يَمَلُّ ٱللهُ حتَّىٰ تَمَلُّوا** »[3]، وفي الحديث

---

(١) في (ظ): « منذور ».

(٢) في المطبوع: « أو تعظيم ».

(٣) أخرجه البخاري (٤٣)، ومسلم (٧٨٥ / ٢٢١)، والترمذي في (الشمائل المحمدية برقم: ٣٠٧) بتحقيقي. (لا يَمَلُّ اللهُ حتَّىٰ تَملُّوا): هو بفتح الميم في الموضعين، والملالُ: استثقال الشيء ونفور النفس عنه بعد محبته، وهو محالٌ علىٰ الله تعالىٰ باتفاق (فتح الباري: ١ / ١٠٢).

وقال العلَّامة أبو السعادات المبارك بن محمد ابن الأثير الجزري في (جامع الأصول: ١ / ٣٠٦): « المرادُ بهٰذا الحديث: أنَّ الله لا يَمَلُّ أبداً، مَلَلْتُم أو لم تَملُّوا، فجرىٰ مجرىٰ قولهم: لا أفعله حتَّىٰ يشيبَ الغُرابُ، ويبيضَّ القارُ.

وقيل معناه: إنَّ اللهَ لا يَطَّرِحُكُم حتَّىٰ تتركوا العمل له، وتَزْهدوا في الرغبة إليه، فسمَّىٰ الفعلَين ملَلاً، وكلاهما ليس بملَلٍ؛ كعادة العرب في وضع الفعلِ موضعَ الفعلِ إذا وافق معناه، نحو قوله:

ثم أَضْحَوْا لعبَ الدهرُ بِهِمْ وكذاكَ الدَّهْرُ يُوْدِي بالرجالِ

وقيل: معناه: إنَّ اللهَ لا يقطع عنكم فضله، حتَّىٰ تملُّوا سؤاله، فسمَّىٰ فعل الله مَللاً، وليس بملَلٍ، علىٰ جهة الازدواج؛ كقوله تعالىٰ: ﴿فَمَنِ ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَٱعْتَدُوا۟ عَلَيْهِ﴾ [البقرة: ١٩٤]، وكقوله تعالىٰ: ﴿وَجَزَٰٓؤُا۟ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِّثْلُهَا﴾ [الشورىٰ: ٤٠]، وهٰذا شائع في العربية، وكثير في القرآن »، وانظر: (شرح صحيح مسلم للمصنف: ٦ / ٧١)، و(رياض الصالحين ص: ٨٠) بتحقيقي، و(فتح الباري: ١ / ١٠٢)، و(شرح السنة: ٤ / ٤٩)، و(النهاية في غريب الحديث والأثر: ملل).

الآخرِ: « وٱللهِ ! لو تعلمونَ ما أعلمُ لَضَحِكْتُمْ قليلاً، ولَبَكَيْتُمْ كثيراً »[١]، وأشباهه في الصحيح كثيرة مشهورة. **وٱلله أعلمُ**.

ثمَّ إِنْ حلَف علىٰ فعلِ واجبٍ، أو تَرْكِ حرامٍ، فيمينُهُ طاعةٌ، والإقامةُ عليها واجبةٌ، والحِنْثُ معصيةٌ، وتجبُ به الكفَّارة.

وإِنْ حلفَ علىٰ تَرْكِ واجبٍ، أو فعلِ حرامٍ، فيمينُهُ معصية، ويجبُ عليه أَنْ يَحْنَثَ، ويكفِّرَ. وإِنْ حلفَ علىٰ فعلِ نَفْلٍ، كصلاةِ تطوُّعٍ، وصدقةِ تطوُّعٍ، فالإقامةُ عليها[٢] طاعة، والمخالفةُ مَكروهةٌ.

وإِنْ حلفَ علىٰ تَرْكِ نَفْلٍ، فاليمينُ مكروهةٌ، والإقامة عليها مكروهة[٣]، والسنَّةُ أَنْ يَحْنَثَ. وعدَّ الشيخُ أبو حامدٍ وجماعةٌ من هـٰذا القبيل؛ ما إذا حلفَ لا يأكلُ طَيِّباً، ولا يلبَسُ ناعماً، وقالوا: اليمينُ عليه مكروهةٌ؛ لقولِ ٱلله تعالىٰ:
﴿ قُلْ مَنْ حَرَّمَ زِينَةَ ٱللَّهِ ٱلَّتِيٓ أَخْرَجَ لِعِبَادِهِۦ وَٱلطَّيِّبَٰتِ مِنَ ٱلرِّزْقِ ﴾ [الأعراف: ٣٢] واختار القاضي أبو الطيِّب: أنها يمينُ طاعة؛ لما عرفَ من اختيار السلفِ خُشونةَ العيش. وقال ابْنُ الصبَّاغ: يختلف ذٰلك باختلافِ أحوالِ النّاس، وقُصُودِهِم، وفراغِهم للعبادة، واشتغالِهم[٤] بالضّيق والسَّعة، وهـٰذا أصوبُ.

وإِنْ حلَفَ علىٰ مُباحٍ، لا يتعلّق به مثلُ هـٰذا الغرض؛ كدُخول دارٍ، وأكلِ طعامٍ، ولُبس ثوبٍ، وتَرْكِها، فله أَنْ يقيمَ علىٰ اليمين، ولهُ أَنْ يَحْنَثَ، وهل الأفضلُ الوفاءُ باليمين، أمِ الحِنْثُ، أم يتخيَّرُ بينهما، ولا ترجيحَ كما كانَ قبلَ اليمين؟ فيه أوجُهٌ:

أصَحُّها: الأولُ، وبه قال أبو عليٍّ الطبريُّ، واختاره الصَّيدلانيُّ، وابْنُ الصبَّاغِ، والغزاليُّ، وغيرهم؛ لقولِ ٱللهِ تعالىٰ:
﴿ وَلَا تَنقُضُواْ ٱلْأَيْمَٰنَ بَعْدَ تَوْكِيدِهَا ﴾ [النحل: ٩١] ولما فيه من تعظيمِ اسمِ ٱللهِ تعالىٰ.

---

(١) أخرجه البخاري (١٠٤٤)، ومسلم (٩٠١) واللفظ له، من حديث السيدة عائشة، وأخرجه الترمذي (٢٣١٢)، وابن ماجَهْ (٤١٩٠)، و(الحاكم (٤ / ٥٧٩) من حديث أبي ذَرٍّ الغِفَاري.

(٢) في المطبوع: « علىٰ ذٰلك » بدل: « عليها ».

(٣) قوله: « والإقامة عليها مكروهة » ساقط من (ظ).

(٤) في المطبوع: « وإشغالهم ».

وقد حصلَ مِمَّا ذكرناه؛ أَنَّ اليمينَ لا تغيرُ حالَ المحلوف عليه عَمَّا كان، وجوباً وتحريماً، وندباً وكراهةً وإباحةً.

الطرفُ الثاني: في كيفيَّة كفَّارة اليمين، وهي مختصَّةٌ بِاشتمالها علىٰ تخييرٍ في الابتداء، وترتيبٍ في الانتهاءِ، فيتخير الحالف بَيْنَ أَنْ يُطْعِمَ [١٢٠٣ / ب] عَشَرَةَ مساكينَ، أو يَكْسُوَهم، أو يعْتِقَ رقبةً؛ فإنِ اختارَ الإطعامَ، أطعمَ كُلَّ واحد مُدّاً، والقولُ في جنسِ الطعام، وكيفيَّة إخراجِهِ، ومَنْ يُصْرَفُ إليه، وامتناعُ إخراجِ القيمة، وصرفُ الأمدادِ العَشَرَةِ إلىٰ بعضٍ، وسائرُ المسائلِ علىٰ ما سبق في « الكفَّارات ».

وإنِ اختارَ الكِسْوَةَ، كساهم علىٰ ما سنذكره، إنْ شاءَ ٱللهُ تعالىٰ.

وإن اختار الإعتاقَ، فَلتكن الرقبةُ بالصفاتِ المذكورة في « الكفارات ».

ولو أَطعَمَ بعضَ العشَرة، وكسَا بعضهم، لم يُجْزِئْهُ[1]، كما لا يجوزُ أَنْ يعتقَ نصفَ رقَبةٍ، ويطعمَ أو يكسوَ خمسةً.

ولو أطعمَ عَشَرَةً، وكسَا عشَرةً، وأعتقَ رقبةً، أو أطعمَ ثلاثين مِسكيناً، أو كساهم عن ثلاثِ كفَّاراتٍ، ولم يعيِّنْ، أجزأه عنهُنَّ؛ فإنْ عَجَزَ عن الخِصال الثلاثِ، صامَ ثلاثةَ أيام، والقولُ فيما يَحْصُلُ به العجز، ذكرناه في « الكفَّارات ».

ومَنْ له أَنْ يأخذ سهمَ الفقراءِ، أو المساكينِ من الزَّكوات، أو الكفاراتِ، له أَنْ يكَفِّر بالصوم؛ لأنه فقيرٌ في الأخذ، فكذا في الإعطاء، وقد يملكُ نِصاباً، ولا يفي دَخْلُهُ بِخَرْجِهِ، فيلزمُهُ الزكاةُ، وله أخذُها. والفرق بين البابَين؛ أنا لو أسقطنا الزَّكاةَ خلا النصابُ عنها بلا بَدَلٍ، وللتكفير بالمالِ بَدَلٌ، وهو الصومُ.

وهل يجبُ التتابُعُ في صوم الثلاثة ؟ قولانِ:

أظهرُهما، عند الأكثرين: لا، قال الإمام[2]: وهو الجَدِيدُ، فإن أوجبناهُ؛ فالفِطر في اليوم الثاني، أو الثالث بعذر المرضِ، أو السَّفَرِ علىٰ الخلاف في كفارةِ الظِّهار، والحيضُ هنا يقطعُ التتابُعَ؛ لإمكانِ الاحترازِ عنه، بخلاف الشهرَين.

وقيل: لا يقطعهُ، كالشهرَين.

---

(١) في المطبوع: « لم يجزه ».

(٢) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٣١٨).

وقيل: قولانِ، كالمرض، والمذهبُ: الأولُ؛ فإنْ كانت لم تَحِضْ قَطُّ، فشرعَت في الصوم، فابتدأها الحيضُ، فهو كالمرضِ.

فَرْعٌ: يجب في الكُسْوة التمليكُ، والواجبُ: ثوب؛ قميص، أو سَرَاويل[(١)]، أو عِمامة، أو جُبَّة، أو قَبَاء[(٢)]، أو مِقْنَعَة[(٣)]، أو إزار[(٤)]، أو رِداء[(٥)]، أو طَيْلسان[(٦)]؛ لأنّ الاسمَ يقعُ علىٰ كُلِّ هـٰذا.

وحُكيَ قول: أنه يشترطُ ساتِر العورة، بحيثُ تصحُّ الصلاةُ فيه، فتختلفُ الحالُ بذكُورةِ الآخِذِ، وأُنوثته، فيجزئُ الإزارُ إنْ أعطاهُ لرجُلٍ، ولا يجزئُ إنْ أعطاه لامرأةٍ، والمشهور: الأولُ.

قلتُ: ويُجزئُ المِنْديلُ، صَرَّح به أصحابنا، والمرادُ به: هـٰذا المعروف الذي يحملُ في اليدِ، وقد صَرَّحَ الدَّارِمي بأنَّ كُلَّ واحد من المِنْديلِ، والعِمامة يجزئُ. **واللهُ أعلمُ.**

وأَمَّا الثوبُ الصغيرُ الذي يكفي لرضيعٍ، وصغيرٍ دونَ كبيرٍ، فإنْ أخذه الوليُّ لصغيرٍ، جاز؛ لأنَّ صرْفَ [طعام][(٧)] الكفارة وكُسْوتها للصغار جائزٌ كما في الزكاة، ويتولَّى الوليُّ الأخذَ.

وإنْ أخذَهُ كبيرٌ لنفسِه، جازَ علىٰ الأصحِّ، وبه قال القاضي حُسَين؛ لأنه لا يشترطُ أَنْ يلبسَ الآخذُ ما يأخذُهُ؛ ولهـٰذا يجوزُ أَنْ يعطيَ الرجلَ كُسْوةَ المرأة، وعكسه، ولا يشترطُ المَخِيْطُ؛ بل يجوزُ دَفْع الكِرْباسِ[(٨)]، ويستحبُّ أَنْ يكونَ

---

(١) سراويل: هو ثوب مخيط يستر أسفل البدن، ويصونُ العورة (إعانة الطالبين: ٤ / ١٢٢)، وانظر: (تهذيب الأسماء واللغات: ٣ / ٢٦١ ـ ٢٦٢)، و(النجم الوهَّاج: ٨ / ٢٣٩).

(٢) قَبَاء: ثوبٌ يلبسُ فوق الثياب، أو القميص، ويتمنطق به (المعجم الوسيط: ٢ / ٧٤٠).

(٣) مِقْنعة: بكسر الميم: اسمٌ لما تُـقَـنِّـعُ به المرأةُ رأسَها. انظر: (تهذيب الأسماء واللغات: ٣ / ٥٢٩).

(٤) إزار: ثوبٌ يحيط بالنصف الأسفل من البدن، يذكَّر ويؤنَّث (المعجم الوسيط: ١ / ١٦).

(٥) رداء: ثوبٌ يستر الجزء الأعلىٰ من الجسم فوق الإزار (المعجم الوسيط: ١ / ٣٥٢).

(٦) الطَّيْلسان: بفتح اللام، واحد الطيالسة، وهو فارسيٌّ مُعَرَّب: ثوب يغطىٰ به الرأس والبدن، يلبس فوق الثياب، وقد تكسر اللام منه (النظم المستعذب: ٢ / ١٤١).

(٧) ما بين حاصرتين ساقط من (ظ).

(٨) الكِرْباس: بكسر الكاف: الثوب الخشن (المصباح: ك ر ب).

جديداً؛ خاماً كان أو مقصُوراً، فإنْ كان ملبوساً، نُظِرَ:

إنْ تَخَرَّقَ، أو ذهبَتْ قوتُهُ؛ لمقارَبة الانْمِحاقِ، لم يُجزئْهُ، كالطَّعامِ المعيب، وإِنْ لم يَنْتَهِ إلىٰ ذٰلك الحَدِّ أَجزأَهُ [١٢٠٤ / أ]، كالطعامِ العَتيقِ.

ولا[١] يجزئ المرقَّعُ إنْ رُقِّعَ للتخرُّقِ والبلىٰ، وإِنْ[٢] خِيطَ في الابتِداء مُرَقَّعاً؛ لزينةٍ، وغيرِها، أجزأَه.

ولو كساهُ ثوباً لطيفاً، مُهَلْهَلَ النسجِ[٣]، غيرَ بالٍ في جنسه، لٰكن مثله إذا لُبِسَ لا يدومُ، إلَّا بِقَدْرِ ما يدومُ الثوبُ البالي، قال الإمامُ[٤]: يظهرُ أنه لا يجزئ؛ لضعفِ النفْع فيه.

وأما الجنسُ، فيجزئُ المتَّخذ من صُوفٍ، وشَعْر، وقُطنٍ، وكَتَّانٍ، وقَزٍّ[٥]، وإِبْرِيْسَم[٦]، سواء كان المدفوعُ إليه رجُلاً، لا يَحِلُّ له لُبسُهُ، أو امرأةً، وفي الرجل وجْهٌ ضَعِيف[٧]، وسواءٌ في كُلِّ جنسٍ: الجيدُ، والرديءُ، والمتوسِّطُ. وللقاضي حُسينٍ احتمالٌ في اشتراط الكُسْوة الغالبة في البلدِ، كالطعام.

وفي الدِّرْعِ[٨]، والمكعبِ[٩]: وهوَ المِداسُ، والنَّعْل، والجَوْرب[١٠]

---

(١) في المطبوع: « لا » بدون « الواو ».
(٢) في المطبوع: « إن » بدون « الواو ».
(٣) مُهَلْهَل النسج: ثوبٌ مُهَلْهَل: ضعيف النسج. انظر: (المعجم الوسيط: ٢ / ١٠٣٣).
(٤) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٣١٧).
(٥) القَزُّ: الحرير علىٰ الحالِ التي يكون عليها عندما يستخرج من الصُّلَّجة. ودود القَزِّ: دودُ الحرير (المعجم الوسيط: ٢ / ٧٦١).
(٦) الإِبْرِيْسم: ما ماتت دودة القَزِّ فيه، وحُلَّ عنها بعد الموت ويسمَّىٰ بالحرير المسكي. انظر: (فقه العبادات ص: ٣٧٨).
(٧) في المطبوع: « تضعيف ».
(٨) الدِّرْع: ثوبٌ لا أكمامَ له، وهو ساترٌ لغالبِ البدن (النجم الوهَّاج: ١٠ / ٣٣).
(٩) مُكَعَّب: بضم الميم وفتح الكاف وتشديد العين، أو: بكسر الميم، وسكون الكاف، وتخفيف العين، وزان: مِقْوَد، وهو مداسُ الرجْلِ لا يبلغُ الكعبين. انظر: (مغني المحتاج: ٣ / ٤٣٠)، و(المصباح: ك ع ب)، و(النجم الوهَّاج: ٨ / ٢٤٠)، و(إعانة الطالبين: ٤ / ١٢٢).
(١٠) في المطبوع: « والجوارب ».

والخُفِّ، والقَلَنْسُوَةِ، والتُّبَّانِ[١]: وهو سراويلُ قصيرٌ، لا يبلغُ[٢] الركبَةَ، وجهانِ[٣].

أصحُّهما: المنعُ؛ لعدم اسم الكُسْوَة.

والثاني: الإجزاءُ؛ لإطلاق اسم اللُّبْسِ، ومنهم مَنْ قطَع بالمنع في الخُفِّ، والنعلِ، والجَوْرب[٤].

ولا تجزئُ المِنْطَقةُ[٥]، والخاتِم قطعاً، وكذا التَّكَّةُ[٦] على المذهب، وفي « جمع الجوامع » للرُّويانِيِّ طَرْد الخلاف فيها.

قال الصيدلانيُّ: ويجزئُ قميصُ اللِّبْدِ في بلدٍ جرت عادةُ غالبِ الناسِ أو نادِرِهم بلُبسه.

قلتُ: قال الدَّارِمِيُّ: فإنْ دفعَ ما لا يعتادُ لبسه، كجُلودٍ، ونحوِها، لم يُجْزِه. **واللهُ أعلمُ.**

الطرفُ الثالثُ: فيمَنْ تلزمُهُ الكفارَةُ، وهو كُلُّ مكلَّفٍ حَنِثَ في يمينه، سواءٌ فيه: الحرُّ والعبدُ، والمسلمُ والكافِر؛ فإنْ ماتَ قبل إخراجها، أُخرجَتْ مِنْ تَرِكتِهِ.

فَصْلٌ: العبدُ يكفِّرُ عن اليمينِ وغيرِها بالصوم؛ لأنه لا يملكُ على الأَظهر، وإنْ قلنا: يملكُ بتمليك سيدِهِ؛ فإنْ أطلقَ التمليك، لم يملكْ إخراجَ الكفارةِ بغيرِ إذْنِ سيدِهِ، وإنْ ملَّكَهُ الطعامَ أو الكُسْوة؛ ليخرجَهُ في الكفارة، أو ملَّكَهُ مُطلقاً، ثم أذنَ له في ذلك، كفّرَ بالإطعام، أو الكُسْوة. وقد ذكرنا ذلك في « الكفَّارات » وذكرنا أنه لو ملَّكَهُ عبداً؛ ليعتقَهُ عن الكفَّارة لم يَقَعْ عن الكفارة على المذهب، وبناه

---

(١) التُّبَّان: بضم التاء وتشديد الباء، وهو سراويل قصير جداً. قال الجوهري: هو مقدار شبرٍ يستر العورة المغلَّظة فقط، يكون للملاَّحين (تهذيب الأسماء واللغات: ٣ / ٦٨).

(٢) في المطبوع: « وهو سراويل قصيرة لا تبلغُ... ».

(٣) في المطبوع: « فوجهان ».

(٤) في المطبوع: « والجوارب ».

(٥) المِنْطقة: ما يُشَدُّ به الوسطُ، وهي حزامٌ من جلدٍ، أو نحوه على هيئة (الكَمَر) إلاَّ أنها ليس فيها موضع للنقود.

(٦) التكَّةُ: رباط السراويل، جمعها: تِكَك، قال في « المصباح »: « مثل: سِدْرة وسِدَر ». وقال الدَّمِيري في (النجم الوهَّاج: ١٠ / ٣٣): « التكَّة، بفتح التاء لا غير، وكسرها من لحنِ العوام ».

الإمامُ[1] علىٰ أنه : لو ملكَهُ عبداً، وأذِنَ في إعتاقه متبرِّعاً، فلمَنْ الوَلاء ؟ فيه أقوال .

أحدها: للسيدِ؛ لقصور العبدِ عن استحقاقِ حقوقِ الوَلاء من الإِرْث والولايةِ.

والثاني: يوقَفُ . فإنْ عَتَقَ العبدُ، بانَ أَنَّ الولاءَ له، وإنْ مات رقيقاً، فلسيدِهِ .

والثالث: للعبدِ، فعلىٰ هـٰذا : إنْ أذنَ له في الإعتاقِ عن الكفَّارة، وقعَ عنها، وثبتَ له الولاءُ، وإنْ قلنا : الولاءُ للسيدِ، وقعَ العتقُ له علىٰ الأصحِّ، وكأنَّ الملكَ انقلب إليه . وفي وجهٍ، وقَوْلٍ: يقعُ عن العبد، ويجزئُهُ عن الكفَّارة، ويختصُّ التعذُّر بالوَلاء .

وإنْ قلنا بالتوقُّفِ في الولاء، فوجهانِ :

قال القَفَّالُ : تجزئُ عن الكفَّارة .

وقال الصَّيدلانيُّ، والقاضي حُسَين: يتوقَّفُ في الوقوعِ عن الكفارة، تبعاً للوَلاء، فإذا قلنا في هـٰذه التفاريع، يقعُ العتقُ عن الكَفَّارة فأذنَ السيدُ في الإعتاق في كفَّارة مرتَّبة، فهل له أَنْ يكفِّرَ بالصوم؛ لضعفِ مِلْكِهِ ؟ فيه احتمالان للإمام[2] ؛ لأنه لا يُعَدُّ موسِراً، ولهـٰذا ينفقُ علىٰ زوجته نفقةَ المعسِر، وإنْ مَلَّكَه السيدُ أموالاً عظيمةً .

ولو أعتقَ المكاتَبُ عن كفَّارته بإذنِ سيدِهِ، وصحَّحْنا تبرعاته [١٢٠٤ / ب] بإذن سيده، قال الصَّيدلانيُّ : الذي ذكره الأصحابُ : أنه تبرأُ ذمتُهُ عن الكفَّارة، وعندي أَنَّ الأمرَ موقوفٌ، فقد يَعْجَزُ، فَيرِقُّ، فيكون الولاءُ موقوفاً، فوجبَ[3] التوقُّفُ في الكفارة .

ولو كفَّرَ السيدُ عن العبد بإطعامٍ، أو كُسْوَةٍ، أو إعتاقٍ بإذنِهِ، فهو علىٰ الخلاف في أنه : يملكُ بالتمليك بتفريعه، وإذا كَفَّرَ بالصوم، فهَلْ يَسْتَقِلُّ[4] به ؟ أم يحتاجُ إلىٰ إذن السيدِ ؟ فيه خلافٌ وتفصيلٌ، سبق في « الكفارات » .

---

(١) انظر : (نهاية المطلب : ١٨ / ٣٢٤) .

(٢) انظر : (نهاية المطلب : ١٨ / ٣٢٦) .

(٣) في المطبوع : « فيجب » .

(٤) في المبطوع : « يستقبل »، خطأ .

وحيثُ يحتاجُ، فللسيدِ منعُ الأَمَةِ من الصوم؛ لأنه يفوتُ الاستمتاعَ، والكفَّارة علىٰ التراخي. وله منعُ العبدِ [عن الصوم] [١] إن كان يَضْعُفُ به عن الخِدمة، أو ينالُهُ ضررٌ، وإلَّا، فلا مَنْعَ علىٰ الأَصَحِّ، وعلىٰ هـٰذا: لا يمنعُهُ من صومِ التطوُّع، وصلاةِ التطوُّع، في مثلِ هـٰذه الحالة في غيرِ زمانِ الخِدمة، كما لا يمنعُهُ من الذِّكْر، وقراءَة القرآنِ، في تَرَدُّداتِهِ.

وحيثُ احتاجَ إلىٰ الإذنِ، فصامَ بلا إذنٍ، أجزأَه، كما لو صلَّىٰ الجمعةَ بلا إذنٍ.

ولو ماتَ العبدُ، وعليه كفارةُ يمينٍ، فللسيدِ أَنْ يكفِّرَ عنه بِالإطعامِ، وإنْ قلنا: لا يملكُ بالتمليكِ؛ لأن التكفيرَ عنه في الحياة يتضمَّنُ دخولَه في مِلْكه، والتكفيرُ بعد الموتِ لا يستدعي ذٰلك، ولأنه ليس للميت مِلْكٌ محقَّق، ولأنَّ الرقَّ لا يبقىٰ بعد الموت، فهو والحُرّ سواء، هـٰذا ما قطع به الأصحابُ، وفيه احتمال للإمام [٢]، فعلىٰ الأول: لو أعتقَ عنه، لم يجزِئْهُ، علىٰ الأصحِّ؛ لما ذكرنا من إشكالِ الوَلاء.

فَصْلٌ: في الحُرِّ يموتُ وعليه كفارَةٌ، فتخرجُ مِنْ تركتِهِ، سواءٌ أَوْصَىٰ بها، أم لا، وسبيلُها سبيلُ الديون. وذكرنا في « كتاب الوصية » وجهاً: أنه إنْ أَوْصَىٰ بها، حُسبت من الثُلثِ، ووجهاً: أنها من الثُلثِ، وإنْ لم يُوْصِ، والصحيحُ: الأولُ.

وإذا وَفَتِ التركةُ بحقوق ٱلله تعالىٰ، وحقوقِ الآدميِّ، قُضيت جميعاً، وإِنْ لم تَفِ، وتعلَّقَ بعضُها بالعَين، وبعضُها بالذمّة، قدّمَ المتعلِّق بالعين، سواءٌ اجتمع النوعانِ، أو انفردَ أحدُهما. وإنِ اجتمعا، وتعلَّق الجميعُ بالعين، أو الذمة، فهل يقدّمُ حقّ ٱلله تعالىٰ، أم الآدميِّ، أم يستويانِ ؟ فيه ثلاثةُ أقوال، سبقَتْ في مواضِعَ.

أظهرُها: الأول، ولا تجري هـٰذه الأقوالُ في المحجور عليه بفَلَسٍ، إذا اجتمعَ النوعانِ؛ بل تقدَّمُ حقوقُ الآدميِّ، وتؤخَّرُ حقوقُ ٱلله تعالىٰ، ما دام حيّاً. ثُمَّ إن [٣] كانتِ الكفارةُ مرتَّبةً أعتقَ عنه الوارثُ، وكذا لو أوصىٰ [٤] ويكون الولاء للميت، فإنْ

---

(١) ما بين حاصرتين من المطبوع.
(٢) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٣٢٩).
(٣) في المطبوع: « وإنْ » بدل « ثُمَّ إنْ ».
(٤) في المطبوع زيادة: « الوصي ».

تعذَّر الإعتاقُ، أطعمَ من التركةِ، وإنْ كانت كفارة تخييرٍ[1]، جاز الإطعامُ والكُسْوَة من التركة، وكذا الإعتاقُ علىٰ الأصحِّ. والواجبُ من الخِصال أقلُّها قيمةً، فإن لم تكن تركة، فتبرَّع أجنبيٌّ بالإطعام، أو الكُسْوة عنه مِنْ مالِ نفسهِ، جاز علىٰ الأصحِّ، فإنْ تبرَّعَ بهما الوارِثُ، جاز علىٰ الصحيح.

وقيل: لا؛ لِبُعْدِ العباداتِ عن النيابة، وإِنْ تبرَّعَ الأجنبيُّ بالإعتاق في كفارة التخيير[2]، لم يصحَّ علىٰ المذهبِ؛ لعلَّتين:

إحداهما: سُهولةُ التكفير بغير إِعتاقٍ، فلا[3] يعتقُ، لما فيه من عُسْرِ إثباتِ الوَلاءِ.

والثانية: فيه إضرار بأقارب الميت؛ لأنهم يُؤاخَذونَ بجنايةِ عتيقه، فإن كان المعتقُ وارثاً، جاز علىٰ العلّة الثانية دون الأولىٰ.

وفي الكفارة المرتَّبة للوارثِ أَنْ يتَبرَّعَ بالإعتاقِ، وكذا للأجنبيِّ علىٰ الأصحِّ؛ بناء علىٰ العلَّة الأولىٰ. وفي صومِ الوليِّ والأجنبي خلاف [١٢٠٥ / أ]، سبق في الصيام.

وإذا أوصىٰ بأَنْ يعتقَ عنه في كفارة التخيير[4]، وزادت قيمةُ العبد علىٰ قيمةِ الطعامِ والكُسْوة، فثلاثةُ أوجُه.

أضعفها: يتعيَّنُ الإعتاقُ، وتحسبُ قيمة العبدِ من رأسِ المالِ.

والثاني: تحسَبُ قيمةُ العبد من الثلُثِ؛ لأنَّ براءةَ الذمة تحصل بدونها[5]، فعلىٰ هٰذا: إن وفىٰ الثلثُ بقيمة عبدٍ مجزئ، أعتقَ عنه، وإلاَّ بَطَلَتِ الوصيةُ، وعدلَ إِلىٰ الإطعامِ، والكُسْوة، وهٰذا الوجه أصحُّ، وهو ظاهر النصِّ.

والثالث: تُحْسَبُ قيمةُ أقلهما[6] قيمةً من رأس المال، والزيادة إِلىٰ تمام قيمة

---

(١) في المطبوع: « تنجيز »، تحريف، وانظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٣١٣).

(٢) في المطبوع: « التنجيز » تحريف، وانظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٣١٣).

(٣) في المطبوع: « ولا ».

(٤) في المطبوع: « التنجيز »، تحريف.

(٥) في المطبوع: « بلزومها »، خطأ.

(٦) في المطبوع: « أقلّها ».



العبدِ من الثلُث، فإِنْ وفَّىٰ ثلثُ الباقي مضموماً إلىٰ الأَقَلِّ المحسوبِ من رأسِ المالِ بقيمةِ عبدٍ، أعتقَ عنه، وإِلاَّ بَطَلَتِ الوصيةُ، وعدلَ إلىٰ الإِطعامِ والكُسْوة.

فَرْعٌ: مَنْ بعضُه حُرٌّ، وبعضُه رقيقٌ، إِنْ كان معسِراً، كفَّرَ بالصوم، وإِنْ كان موسِراً فوجهانِ، وإِنْ شئتَ قلتَ: قولانِ؛ منصوصٌ ومُخَرَّجٌ(١)، الصحيحُ المنصوصُ: لا يكفِّرُ بالصَّوم؛ بل يُطعمُ ويَكْسُو، والمذهبُ: أنه لا يكفِّر بالإِعتاق؛ لتضمُّنه الولايةَ والإِرثَ، وليس هو من أهلها.

وقيل: في تكفيرِه بالعتق قولان، كإِعتاقِ المكاتَب بإِذن سيده عن كفارته، وهو ضعيف، وخرَّج المُزنيُّ أنه يكفِّر بالصوم، وصوَّبه ابْنُ سُرَيْجٍ. وبِٱللهِ التوفيقُ.

✍ ✍ ✍

---

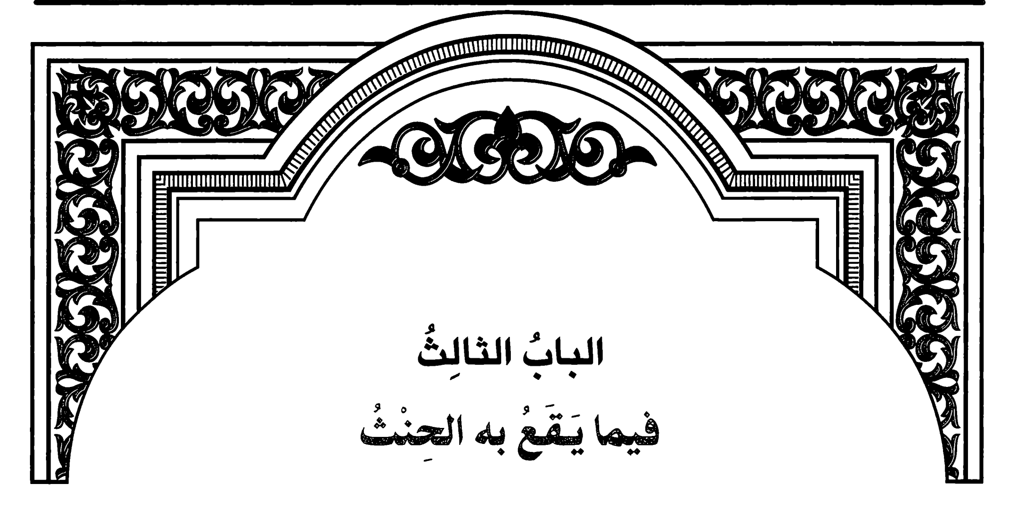
(١) **قولان منصوصٌ ومُخَرَّج**: معناها كما قال أبو القاسم الرافعي في كتاب التيمم من « فتح العزيز »: « أنه إذا ورد نَصَّان عن صاحب المذهب مختلفان في صورتين متشابهتين، ولم يظهر بينهما ما يصلحُ فارقاً، فالأصحاب يخرِّجون نَصَّه في كل واحدة من الصورتين في الصورة الأخرىٰ؛ لاشتراكهما في المعنىٰ، فيجعل في كل واحدة من الصورتين، قولان: منصوصٌ ومُخَرَّجٌ؛ المنصوصُ في هـٰذه هو المخرَّج في تلكَ، والمنصوصُ في تلك هو المخرَّجُ في هـٰذه، فيقولون: فيهما قولان بالنقل والتخريج؛ أي: نقل المنصوص في هـٰذه الصورة إلىٰ تلك الصورة، وخرج منها، وكذٰلك بالعكس.

ويجوز أن يراد بالنقل الرواية، ويكون المعنىٰ في كل واحدٍ من الصورتين قول منقول، أي: مرويٌّ عنه، وآخر مخرَّجٌ.

ثم الغالب في مثل ذٰلك عدم إطباق الأصحاب علىٰ هـٰذا التصرف؛ بل ينقسمون غالباً فريقين، منهم من يقول به، ومنهم من يمتنع ويستخرج فارقاً بين الصورتين، يستند إليه افتراق النصَّين ».

وقال المصنف في (تهذيب الأسماء واللغات: ٣ / ١٦٠): « وقد اختلف أصحابنا في القول المخرج، هل ينسب إلىٰ الشافعي رضي الله تعالىٰ عنه ؟ فمنهم من قال: ينسبُ، والصحيح الذي قاله المحققون: لا ينسبُ؛ لأنه لم يقلْهُ، ولعلَّه لو رُوجِعَ ذكر فارقاً ظاهراً ».





البابُ الثالِثُ
فيما يَقَعُ به الحِنْثُ

الأصلُ المرجوعُ إليه في البرِّ والحِنْثِ، اتباعُ مُقتضىٰ اللفظ الذي تعلَّقَتْ به اليمينُ، وقد يتطرَّقُ إليه التقييدُ والتخصيصُ، بنيَّةٍ تقترن به، أو باصطلاحٍ خاصٍّ[1]، أو قرينةٍ، والصوَرُ التي تدخلُ في الباب لا تتناهىٰ؛ لـٰكن تكلَّمَ الشافعيُّ، والأصحابُ، رحمهمُ ٱللهُ، في أنواعٍ تغلبُ، ويكثُرُ استعمالُهُا، ويقاسُ عليها غيرُها، وفيه أنواعٌ:

الأول: الدخولُ والمُساكَنَةُ، وفيه مسائِلُ.

إحداها: لو حَلَفَ لا يدخلُ الدارَ، حَنِثَ بالحُصول في عَرْصَةِ الدارِ، وأبنيتِها من البيوت، والغُرف، وغيرها، فإن صَعِدَ سطحَها؛ بأَنْ تَسوَّرَ الجدارَ[2]، أو جاء من دار الجار، لم يَحْنَثْ، إنْ كان السطحُ غيرَ محُوطٍ، ولا عليه سُترةٌ؛ فإن كان، فوجهانِ.

الأصحُّ، وظاهر النصِّ: لا يَحْنَثُ أيضاً، كما لو حصل علىٰ الجدار.

والثاني: إنْ كان التحويطُ من الجوانِبِ الأربعةِ، حَنِثَ، وإنْ كان من جانِبٍ، فلا، وإنْ كان من جانبين[3]، أو ثلاثة، فوجهانِ مُرَتَّبان. هـٰذا إذا لم يكن السطحُ مُسَقَّفاً؛ فإن كان مُسَقَّفاً، كُلُّهُ، أو بعضُه، حَنِثَ قطعاً، إذا كان يصعدُ إليه من الدار؛ لأنه من أبنية الدارِ.

---

(١) في الأصول الخطية: « حاصل » بدل « خاص »، المثبت من المطبوع، موافق لما في (فتح العزيز: ١٢ / ٢٨١).

(٢) في المطبوع: « جدارها ».

(٣) في المطبوع: « الجانبين ».

ولو حلفَ ليخرجَنَّ من الدار، فهل يَبَرُّ بصعود السطح، وجهانِ.

أحدهما: لا، وبه قال الشيخ أبو محمدٍ؛ لأنه لا يعدُّ خارجاً حتَّىٰ يفارقَ السطحَ.

وأصحُّهما: نَعَمْ، وبه قال القاضي حُسَين، لأنه يصحُّ أن يقال: ليس هو في الدارِ، وإذا لم يكن فيها، كان خارجاً، ويؤيِّده: أَنَّ ابن الصبَّاغ حكىٰ عن الأصحاب أنه: لو حلفَ لا يخرجُ من الدارِ، فصعدَ سطحَها، حَنِثَ، ولا يخفىٰ أنه ينظرُ في الخروج أيضاً إلىٰ كَوْنِ السطح مَحُوطاً، أو غيره.

ولو حلف لا يدخلُ، فدخلَ الطاقَ المضروبَ خارجَ الباب، لم يَحْنَثْ، علىٰ الأصحِّ؛ لأنه لا يقالُ: دخلَ الدارَ.

والثاني: يَحْنَثُ؛ لأنه من الدار [١٢٠٥ / ب]؛ ولهٰذا يدخل في بَيْعها.

ولو[1] دخل الدِّهليزَ[2] خلفَ البابِ، أو بينَ البابَين حَنِثَ؛ لأنه من الدار. وحكىٰ الفُوْرَانِيُّ نصّاً: أَنَّ داخِلَ الدِّهليزِ لا يَحْنَثُ، وحملوه علىٰ الطَّاقِ[3]، خارجَ الباب، وأشار الإمامُ إلىٰ إثباتهِ قولاً في الدِّهْليز، وقال: لا يَبْعُدُ أَنْ يقالَ: دَخَلَ الدهليز، ولم يدخلِ الدارَ.

وجعل المُتَوَلِّي الدربَ المختصَّ بالدارِ أمام البابِ[4]، إذا كان داخلاً في حَدِّ الدار، ولم يكن في أولها بابٌ، كالطَّاقِ، قال: فإن كان عليه باب، فهو من الدارِ مُسقفاً كان، أو غيرَه.

فَرْعٌ: حلفَ: لا يدخلُ الدارَ، وهو فيها، لا يَحْنَثُ بالمُكْثِ، وحكي قولٌ، ووجه: أنه يَحْنَثُ، والمشهور: الأولُ، وعليه نَصَّ في « حَرْمَلَةَ »[5]. ولو حلفَ

---

(١) في المطبوع: « فلو » بدل: « ولو ».

(٢) **الدِّهليز**: بكسر الدال: المدخل بين الباب والدار، فارسيٌّ معرَّب. انظر: (مختار الصحاح، والمعجم الوسيط: د هـ ل ز)، و(النجم الوهَّاج: ١٠ / ٤٤).

(٣) **الطَّاق**: المعقودُ أمام الدار متصلاً بها، فارسيٌّ معربٌ، وجمعه أطواق (النجم الوهَّاج: ١٠ / ٤٤).

(٤) في المطبوع: « البيت » بدل « الباب »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٢ / ٢٨٢).

(٥) **نصَّ في حَرْمَلَةَ**: معناه: قال الشافعيُّ في الكتاب الذي نقله عنه حَرْمَلَةُ، فسمَّىٰ الكتابَ باسم راويه مجازاً، كما يقالُ: قرأتُ البخاريَّ، ومسلماً، والترمذيَّ، والنسائيَّ، وسيبويه، والزمخشريَّ، =

لا يخرجُ، وهو خارِج، لا يَحْنَثُ بتركِ الدخولِ، وكذا لو حلفَ لا يتزوَّجُ، وهو متزوِّجٌ، أو لا يتطهَّرُ، وهو متطهِّرٌ، أو لا يتوضَّأُ وهو متوضِّئ، فاستدامَ النكاحَ، والطهارةَ، والوضوءَ، لا يَحْنَثُ.

ولو حلف لا يَلْبَسُ، وهو لابِس، فلم يَنْزِعْ، أو لا يركبُ، وهو راكب، فلم يَنْزِلْ، حَنِثَ بالاستدامةِ، لأنه يسمَّىٰ لُبْساً، ورُكوباً، ولهٰذا يَصِحُّ[1] أَنْ يقالَ: لبستُ شهراً، وركبْتُ ليلةً، ولا يَصِحُّ أَنْ يقالَ: دخلتُ شهراً، وتزوجْتُ[2] شهراً، وإنما يقال: سكنتُ، أو أقمْتُ شهراً.

ولو حَنِثَ باستدامَةِ اللُّبْسِ، ثم حلف لا يَلْبَسُ، فاستدامَ، لزمَهُ كفارةٌ أُخرىٰ؛ لأن اليمينَ الأولىٰ انحلَّتْ بالاستدامةِ الأُولىٰ، وهٰذه يمينٌ أُخرىٰ، وقد حَنِثَ فيها، واستدامةُ القيامِ، والقعودِ، واستقبالِ القبلةِ، قيامٌ، وقعودٌ واستقبالٌ، وهل استدامةُ التطيُّب تَطَيُّبٌ[3]؟ وجهان.

أصحهما: [لا][4]. ولهٰذا لو تطيَّبَ، ثم أَحْرَمَ، واستدامَ، لا يلزَمُهُ الفديةُ، وذُكِرَ الوجهانِ، فيما لو حلفَ أَنْ لا يطأَ، وهو في خلالِ الوطءِ، فلم يَنْزِعْ، أو أَنْ لا يصومَ، أو لا يصلِّيَ وهو شارِعٌ فيهما، فلم يترُكْ. ويتصورُ ذٰلك في الصلاة إذا حلفَ ناسياً للصلاة[5]؛ فإِنَّ اليمين تنعقدُ. ولو[6] حلفَ لا يَغْصِبُ، لم يَحْنَثْ باستدامةِ المغصوب في يده. ولو حلف لا يسافِرُ، وهو في السَّفر، فوقَفَ، أو أَخَذَ في العَوْد في الحال، لم يَحْنَثْ، وإِنْ سار علىٰ وجهه حَنِثَ[7]، وكأن الصورة فيمن

= وشبهها (تهذيب الأسماء واللغات: ١ / ٣٨٧).

(١) في المطبوع: « يصلح »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٢ / ٢٨٣).

(٢) في المطبوع: « أَوْ تزوجتُ ».

(٣) في المطبوع: « بطيب »، تصحيف.

(٤) كلمة: « لا » ساقطة من (ظ).

(٥) في المطبوع: « في الصلاة » بدل: « للصلاة »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٢ / ٢٨٣)، و(النجم الوهّاج: ١٠ / ٤٣).

(٦) في المطبوع: « وإِنْ ».

(٧) في المطبوع: « . . . لم يحنث في العود » بدل: « لم يحنث، وإن سار علىٰ وجهه حنث ». قوله: « في العود » إقحام، ومكانها في السطر التالي.

حلف علىٰ الامتناع عن ذٰلك السفر، وإلاَّ فهو في العَوْدِ[(١)] مسافر أيضاً.

فَرْعٌ: إذا حلفَ: لا يدخلُ الدارَ، حَنِثَ بالحُصولِ فيها، سواءٌ دخلها من البابِ، أو من ثُقْبٍ في الجدار، أو كان في الدار نَهرٌ خارجٌ، فطرحَ نفسَه في الماء فحمَلَهُ، أَو سَبَحَ، أو ركبَ سفينةً، فدخلَتِ السفينةُ الدارَ، أو نزلَ من السطح. وفي صورة السطح وجهٌ ضعيف. وسواء دخلَها راكباً، أو ماشياً.

ولو أدخلَ في الدار يَدَه، أو رأسَه، أو إحدىٰ رجلَيه، لم يَحْنَثْ. وكذا لو مَدَّ رجلَيه فأدخلَهما الدار، وهو قاعِدٌ خارجَها، لم يَحْنَثْ، وإنما يَحْنَثُ إذا وضعهما في الدار، واعتمدَ عليهما، أو حصَل في الدار متعلِّقاً بشيء.

ولو حلف لا يخرُجُ، فأخرجَ يَده، أو رجلَه، أو رجلَيه، وهو قاعِد فيها، لم يَحْنَثْ.

ولو كان في الدار شجرة منتشرة[(٢)] الأغصان، فتعلَّقَ ببعضها؛ فإنْ حصلَ في مُحاذاة البنيان بحيثُ صارت محيطةً به، عاليةً عليه، حَنِثَ. وإنْ حصلَ في محاذاة سُترة السطحِ، ففيه الوجهان. وإن كان أعلىٰ من ذٰلك، لم يَحْنَثْ.

المسألة الثانيةُ: حلفَ: لا يدخلُ [١٢٠٦ / أ] أو لا يسكنُ بيتاً، فاسم البيت يقعُ علىٰ المبنيِّ من طينٍ، وآجُرٍّ ومَدَرٍ، وحَجَرٍ، وعلىٰ المتَّخذ من خشَب، وصوف، ووبَرٍ، وشَعْرٍ، وجِلد، وأنواعِ الخيام، فإنْ نوىٰ نوعاً منها، حُمِلَ عليه، وإنْ أطلقَ، حُمِلَ علىٰ أَيِّ بيتٍ كان منها، إنْ كان الحالِف بَدَوِيّاً، وإنْ كان قَرَوِيّاً، فثلاثة أوجه:

الأصحُّ، وظاهِرُ النصِّ: يَحْنَثُ أيضاً.

والثاني: لا.

والثالثُ: إنْ كانت قريتُهُ قريبةً من البادية، حَنِثَ، وإلاَّ، فلا.

ولا يَحْنَثُ بدخولِ البِيَعِ، والكنائِس، وبيوتِ الحَمَّامِ، والغارِ في الجَبلِ، والكعبةِ، والمساجِدِ علىٰ المذهب؛ لأنها ليست للإِيواءِ والسكنِ، ولا يقعُ عليها اسمُ

---

(١) قوله: « في العود » ساقط من المطبوع.

(٢) في المطبوع: « منشرة ».

البيتِ إلاَّ بتقييد، وخرَّجَ ابْنُ سُرَيْجٍ الجميعَ علىٰ قولين، وحكىٰ المتولِّي في الكعبةِ والمساجِد وجهاً.

ولو دخلَ دِهْليزَ دار، أو صَحْنَها، أو صُفَّتَها، لم يحنَثْ علىٰ الصحيح. وعن القاضي أبي الطيِّب الميلُ إلىٰ الحِنْثِ؛ لأن جميعَ الدار بيتٌ بمعنىٰ الإيواء.

قلتُ: ولا يَحْنَثُ بدخول بيتِ الرَّحَىٰ علىٰ الصحيحِ، ذكره الغزاليُّ وغيره. **واللهُ أعلمُ.**

الثالثة: حلفَ: لا يسكنُ هٰذه الدارَ، أَوْ لا[1] يقيمُ فيها، وهو عند الحَلِفِ فيها، فمكثَ ساعةً بلا عُذر، حَنِثَ.

وإذا مكثَ، فسواءٌ أخرجَ أهلَه، ومتاعَه، أم لا؛ لأنه حلف علىٰ سُكْنَىٰ نفسِه، لا أهله ومتاعه. فلو خرجَ وتركَ فيها أهلَه ومتاعَه، لم يَحْنَثْ.

ولو حَلَف لا يسكنُ داراً، فانتقلَ إليها بنفسه، دونَ أهلِهِ ومالِهِ، حَنِثَ.

ولو مكثَ لعُذر؛ بأَنْ أُغلقَ عليه البابُ[2]، أو مُنع من الخروج، أو خاف علىٰ نفسِه، أو مالِهِ لو خرجَ، أو كان مريضاً، أو زَمِناً لا يقدِرُ علىٰ الخروج، ولم يَجِدْ مَنْ يُخرجه، لم يَحْنَثْ.

وإنْ مرضَ، وعَجَزَ بعد الحَلِفِ، ففي الحِنْثِ الخلافُ في حِنْثِ المُكرَه. وقد تُخَرَّجُ سائرُ الصُّوَر علىٰ ذٰلك الخلاف؛ فإنْ وجدَ المريضُ مَنْ يُخرجُهُ، فينبغي أَنْ [يأْمرَهُ][3] بإخراجِهِ، فإنْ لم يفعَلْ، حَنِثَ.

وإنْ مكثَ الحالِف مشتغلاً بأسبابِ الخروج؛ بأَنِ انتهضَ لجَمْعِ المتاع، وبأمْرِ أهله بالخروج، وبِلُبْسِ[4] ثوبِ الخروج، لم يَحْنَثْ علىٰ الأصحِّ؛ لأنه لا يُعَدُّ ساكِناً، كما لو خرجَ في الحال، ثم عاد؛ لنقلِ متاعٍ، أو زيارةٍ، أو عيادةٍ، أو عمارةٍ؛ فإنَّ الأصحابَ قالوا: لا يَحْنَثُ؛ لأنه فارقَها، وبمجرَّدِ العَوْدِ، لا يصيرُ ساكناً.

---

(١) في المطبوع: « ولا » بدل: « أو لا ».
(٢) كلمة: « الباب » ساقطة من (أ).
(٣) ما بين حاصرتين ساقط من (ظ).
(٤) في (أ)، والمطبوع: « ويأمر أهله بالخروج، ويلبس. . . ».

ولو احتاجَ إلىٰ أَنْ يبيتَ فيها ليلةً؛ لحفظِ متاعٍ، ففيه احتمالان لابْنِ كَجٍّ.

والأصحُّ عنده: أنه لا يَحْنَثُ.

ولو خرجَ في الحال، ثم اجتازَ بها؛ بأَنْ دخل مِنْ بابٍ، وخرجَ مِنْ آخَرَ، فقال القاضي حُسَين: الصحيحُ أنه لا يَحْنَثُ، وإِنْ تردَّدَ فيها ساعةً بلا غَرَضٍ، حَنِثَ. وينبغي أَنْ لا يحنثَ بالتردُّد؛ لأنها لا تصيرُ به مسكناً.

قال البغويُّ[1]: ولو عاد مريضاً مارّاً في خروجه، لم يَحْنَثْ، وإِنْ قَعَدَ عندَه حَنِثَ، ولو خرجَ في الحالِ، ثم دخلَ، أو كان خارجاً حين حلفَ، ثم دخَلَ لا يحنثُ بالدخولِ ما لم يمكُثْ؛ فإِنْ مكثَ، حَنِثَ، إلَّا أَنْ يشتغلَ بحَمْلِ متاعٍ، كما في الابتداءِ.

الرابعةُ: في الحَلِفِ علىٰ المُساكَنَةِ. قال الشافعيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: المُساكَنة: أَنْ يكونا في بيتٍ، أو بيتَين، حُجْرَتُهما واحدة، ومدخلُهما واحد. قال الشيخ أبو حامد: أرادَ بالحُجْرَة: الصَّحْنَ، فإِنْ أقامَ كُلُّ واحدٍ في دار، فلا مُساكَنَةَ [١٢٠٦ / ب]، سواء كانت الدارانِ كبيرتَين، أو صغيرتَين، أو إحداهما كبيرةً، والأُخرىٰ صغيرةً؛ كحُجْرة لطيفة بجنب دارٍ، وسواء كانتا في دَرْبٍ نافِذٍ، أو غير نافِذٍ. فإِنْ سكنا في بيتَين من خانٍ[2] كبيرٍ، أو صغيرٍ، أو من دارٍ كبيرة، فثلاثة أوجُهٍ:

الأصحُّ: لا مُسَاكَنَةَ، سواءٌ كان البيتانِ متلاصقَين، أو متفرِّقَين.

والثاني: بلىٰ.

والثالث: تثبتُ المُسَاكَنة في الدارِ دون الخان؛ لأنها تعدُّ مسكناً لواحدٍ، والخانُ يُبنىٰ لسُكنىٰ جماعةٍ. ويشبهُ أَنْ لا يشترطَ في الخان أَنْ يكونَ علىٰ البيت بابٌ وغَلَقٌ، كالدُّور في الدَّرْبِ.

ويشترطُ في الدار الكبيرة أَنْ يكونَ علىٰ كُلِّ بيتٍ منها بابٌ وغَلَقٌ، فإِنْ لم يكونا، أو سَكَنَا في صُفَّتَين منها، أو في بيتٍ وصُفَّةٍ، فهما متساكنانِ في العادة.

---

(١) انظر: (التهذيب: ٨ / ١١٥).

(٢) الخانُ: مكان لراحة المسافرين مع رواحلهم، وهو أشبه بـ: « الفندق » في عصرنا. انظر: (النظم المستعذب: ٢ / ٢٧٨)، و(المصباح: خ و ن).

ولو أقامَا في بيتَين مِنْ دارٍ صغيرة، فهما مُتَساكِنانِ، وإنْ كان لكلٍّ واحدٍ بابٌ وغَلَقٌ؛ لمقاربتهما وكَوْنهما في الأصْلِ مَسْكَناً واحداً، بخلافِ الخانِ الصغير، هٰكذا فَصَّلَ الأكثرونَ. ومنهم مَنْ أطلقَ وجهَين في بيتي الدار، ولم يفرِّقْ بين الصغيرة والكبيرة، ورأىٰ الأصحَّ حصولَ المُسَاكنة. وعلىٰ هٰذا: لو كان أحدُهما في الدار، والآخَرُ في حُجْرةٍ منفردةِ المَرافِقِ، وبابُها في الدار، فلا مُساكنَةَ علىٰ الأصحِّ، وبه قطعَ البغويُّ[1] في حُجْرَتين منفردتَي المرافِقِ في دار. والمِرْفَقُ: المُسْتَحَمُّ، والمَطْبَخُ، والمَرْقىٰ، وغيرُها، ولم يذكروا في الحُجرة في الخانِ خلافاً، وإنْ كان المرقىٰ في الخان.

إذا تقرَّر هٰذا، فقال: واللهِ! لا أساكِن زيداً؛ فإمَّا أَنْ يُقَيّدَ المساكنَةَ ببعض المواضِع لفظاً؛ بأَنْ يقول: في هٰذا البيتِ، أو هٰذه الدارِ، وإمَّا أَنْ لا يقَيّدَ.

الحالة الأولىٰ: أَنْ يُقَيّدَ، فَيَحْنَث بتساكُنهما في ذٰلك الموضِع؛ فإن كانا فيه عند الحَلِفِ، ففارَقَ أحدُهما الآخَرَ، لم يَحْنَثْ، وإنْ مكثا فيه بلا عذر، حَنِثَ. فإن بُنِيَ بينهما حائِل من طينٍ، أو غيره، ولكلٍّ واحدٍ من الجانبين مدخَلٌ، أو أحْدَثا مَدخلاً، فوجهانِ.

أحدهما: لا يَحْنَثُ؛ لاشتغالِهِ برفع المُسَاكنة، ورجَّحه البغويُّ[2].

وأصحهما عند الجمهور: يَحْنَثُ؛ لحصولِ المساكنة إلىٰ تمام البناءِ بغيرِ ضَرورةٍ. فإنْ خرجَ أحدُهما في الحالِ فبنيَ الجدارُ، ثم عادَ، لم يَحْنَثِ الحالفُ. ولا يخفىٰ أنه لا بأسَ والحالةُ هٰذه بالمساكنة في موضِعٍ آخَرَ.

الحالةُ الثانيةُ: أَنْ لا يُقَيّدها لفظاً، فينظر:

إنْ نوىٰ موضعاً معيَّناً من بيتٍ، أو دارٍ، أو دَرْبٍ، أو مَحلَّةٍ، أو بَلَدٍ؛ فالمذهبُ، والذي قطعَ به الجمهورُ: أن اليمينَ محمولَةٌ علىٰ ما نَوىٰ.

وقيل: إنْ كانا يسكنانِ بيتاً من دارٍ مُتَّحدةِ المَرافِقِ، ونوىٰ أَنْ لا يساكِنَهُ، حُمِلَتْ اليمينُ عليه. وإنْ لم يكن كذٰلك، ولا جرىٰ ذكرُ تلك المساكنة، كقول صاحبه:

---

(١) انظر: (التهذيب: ٨/ ١١٥).
(٢) انظر: (التهذيب: ٨/ ١١٥).

ساكِنِّي في هـٰذا البيت، لم يقبَلْ قولُهُ، وتحملُ اليمينُ على الدار. وفي البلدِ وَجْهٌ: أَنَّ اللفظَ لا ينزلُ عليه؛ لأنه لا يسمَّىٰ مُساكنةً.

وقيل: بِمَجيء[1] هـٰذا الوجه في المحلَّةِ.

وإنْ لم يَنْوِ موضِعاً، وأطلقَ المُسَاكنة، حَنِثَ[2] بالمُساكَنة في أيِّ موضِعٍ كان.

وحكىٰ المتولِّي قولاً: أنه إذا أطلقَ، وكُلُّ واحدٍ منهما في دارٍ، وحُجرةٍ منفردةٍ، حُملت اليمينُ علىٰ الاجتماعِ الحاصِلِ؛ فإنْ كانا في دَرْبٍ، فلا بد من مفارقة أحدهما [الدربَ، وإنْ كانا في مَحَلَّةٍ، فلا بُدَّ مِنْ مُفارقة أحدِهما][3] المحَلَّةَ [١٢٠٧ / أ]، والمشهورُ: الأولُ.

فعلىٰ هـٰذا: لو كانا عند الحَلِفَ في بيتَين من خانٍ، فلا مُساكنة، ولا حاجةَ إلىٰ مفارقةِ أحدِهما الآخَرَ، وعلىٰ القولِ الشاذ: يشترطُ مفارقتُهُ.

وإنْ كانا في بيت من خان[4]، فهل يكفي مفارقةُ أحدِهما ذٰلك البيتَ، أم يشترطُ مفارقتُهُ الخانَ؟ فيه هـٰذا الخلافُ.

ثم سواء نوىٰ موضِعاً معيَّناً، أو أطلقَ، فالقولُ في أَنَّ استدامةَ المُسَاكنةِ مُسَاكنَةٌ، وفي الحائِلِ المبنيِّ بينهما علىٰ ما سبقَ في الحالة الأولىٰ. والاعتبارُ بالانتقالِ بالبَدَنِ، دون الأهلِ والمالِ، كما سبقَ.

النوع الثاني: ألفاظُ الأَكْلِ والشُّرْبِ، وفيه مسائِلُ.

الأولىٰ: حَلَفَ، فقال: لا أشربُ مِنْ ماءِ هـٰذه الإداوة[5]، أو الجَرَّة، حَنِثَ بما شربَ مِنْ مائِها من قليلٍ، أو كثير.

ولو قال: لأشربَنَّ مِنْ مائِها، بَرَّ بما شربَ، وإنْ قَلَّ. وإنْ قال: لا أشربُ مِنْ ماء هـٰذا النهرِ، أو لأشربَنَّ منه، فالحكمُ كالإداوة.

---

(١) في المطبوع، و(فتح العزيز: ١٢ / ٢٨٩): « يجيء ».
(٢) في المطبوع: « حيث » تصحيف.
(٣) ما بين حاصرتين ساقط من (ظ).
(٤) في المطبوع: « الخان ».
(٥) الإداوة: إناء كالمطهرة.

ولو قال: لا أشرب ماء[١] هـٰذه الإداوة، أو الحُبِّ[٢]، أو المَصْنَعِ[٣]، أو غيرِها مما يمكن شُربهُ[٤] جميعُه ولو في مدةٍ طويلةٍ، لم يَحْنَثْ إلاَّ بِشُرْبِ جميعِهِ. ومتىٰ بقي [شيء][٥] منه، لم يَحْنَثْ.

قال[٦] في « شَرْحِ مُخْتَصَرِ الجُوَيْنِيِّ »: سِوىٰ البَلَل الذي يبقىٰ في العادة.

ولو قال: لأشرَبنَّ ماءَ هـٰذه الإداوة، أو الحُبِّ، لم يَبَرَّ إلاَّ بِشُرْبِ الجميع.

ولو قال: لا أشربُ ماء هـٰذا النهرِ، أو البحرِ، أو البئرِ العظيمةِ، فَهل يَحْنَثُ بشربِ بعضِهِ ؟ وجهان.

أَحَدهما: نَعَمْ، وبه قَال ابْن سُرَيْجٍ، وابْنُ أبي هُرَيرةَ.

وأصحُّهما: لا، وبه قال أبو إسحاقَ، وعامةُ الأصحاب، وصحَّحه الشيخ أبو حامد، والقاضي أبو الطيِّبِ، والرُّوْيَانِيُّ، كمسألةِ الإداوة.

قال القاضي[٧]: وينبغي أَنْ يقالَ: لا تنعقدُ يمينُه، كما لو حَلَفَ: لا يصعدُ السماءَ؛ لأنَّ الحِنْثَ فيه غيرُ متصوَّرٍ.

ولو حَلَفَ ليشربَنَّ ماءَ هـٰذا النهرِ، أو البحرِ، فوجهانِ.

أحدهما: يَبَرُّ بشُرْبِ بعضِه وإنْ قَلَّ.

وأصحُّهما: لا يَبَرُّ ببعضِه، وعلىٰ هـٰذا: هل يلزمُهُ الكفَّارةُ في الحالِ، أم قُبيلَ الموتِ ؟ وجهان.

أصحُّهما: الأولُ؛ لأن العجزَ متحقِّق في الحال، وإنما يحسنُ الانتظارُ فيما يتوقَّعُ حصوله.

---

(١) في المطبوع: « لا أشربُ من ماءِ »، خطأ « من » مقحمة.

(٢) الحُبُّ: بالضم: الخابية، فارسيٌّ معرَّبٌ (النظم المستعذب: ٢ / ١٣٩).

(٣) المصنع: ما يصنعُ لجمع الماء، نحو: البِرْكة، والصِّهريج (المصباح: ص ن ع).

(٤) في المطبوع: « شرب ».

(٥) كلمة: « شيء » ساقطة من (ظ).

(٦) أي: الموفَّق بن طاهر بن يحيىٰ.

(٧) هو القاضي أبو الطيب، وليس القاضي « حُسين »، كما هو الاصطلاح. انظر: (فتح العزيز: ١٢ / ٢٩٠).

وقيل : لا تنعقدُ اليمينُ أصلاً ؛ لأن البرَّ غيرُ مُتَصَوَّرٍ .

ولو حلف ليصعدَنَّ السماءَ ، ففي انعقادِ يمينهِ وجهانِ .

الأصحُ: الانعقادُ ، وعلىٰ هـٰذا : فيحكمُ بالحنْثِ في الحال ، أم قُبَيْلَ[١] الموت ؟ فيه الوجهان .

ولو قال : لأصعدنَّ السماءَ غداً ، وفرَّعنا علىٰ انعقادِ اليمينِ ، فهل يَحْنَثُ ، وتجبُ الكفارةُ في الحالِ ، أم بعدَ مجيء الغدِ ؟ فيه الوجهانِ . ويشبهُ أَنْ يرجَّحَ ـ هنا ـ الثاني . وعلىٰ هـٰذا : فهل يَحْنَثُ قُبيلَ غروب الشمسِ من الغدِ ، أم قبلَ ذٰلك ؟ فيه خلافٌ ، سيأتي في نظيره ، إِنْ شاءَ ٱللهُ تعالىٰ .

ولو حَلَفَ : لا يصعدُ السماءَ ، فهل ينعقدُ يمينُه ؟ وجهان .

أحدهما: نَعَمْ ، وإِنْ لم يتصوَّرِ الحنثُ ، كما لو حلف ، أنه فعلَ كذا أَمْسِ[٢] ، وهو صادقٌ .

وأصحُّهما: لا ، بخلاف صورة الاستشهاد ؛ لأن الحلف هناك محتمل للكذب[٣] .

فَرْعٌ: قال : لأشرَبنَّ ماءَ هـٰذه الإداوة ، ولا ماءَ فيها ، أو لأقتُلنَّ فلاناً وهو ميتٌ ، فأربعةُ أوجُهٍ :

أَصَحُّها: يَحْنَثُ[٤] ، وتجبُ الكفَّارة في الحال .

والثاني: قُبيل الموت .

والثالث: لا تنعقدُ اليمينُ .

---

(١) في المطبوع : « قبل » .

(٢) أَمْس : هو اسم زمانٍ لليوم الذي قبل يومك مباشرةً ، أو مافي حكمه عند إيراد القرب ، حُرِّكَ آخره لالتقاء الساكنين ، وقد تعدَّدت الآراء في إعرابه . انظر : (تهذيب الأسماء واللغات : ٣ / ١٨ ـ ١٩) ، و(معجم الشوارد النحويَّة لأستاذنا العلاَّمة النحوي محمد شُرَّاب ص : ١٢٥ ـ ١٢٦) .

(٣) في المطبوع : « الكذب » .

(٤) في المطبوع : « أصحُّها أنه يحنث » .

والرابع: يحنثُ في القتلِ دونَ الشُّرْب.

ولو قال: لأقتُلنَّ فلاناً، وهو يظنُّه حيّاً، وكان ميتاً، ففي الكفارة [١٢٠٧ / ب] خلافٌ؛ بناءً على يمينِ النَّاسِي.

فَرْعٌ: قال القاضي أبو الطيِّب: قال الأصحابُ: لو قال: واللهِ! لا آكُلُ خُبْزَ الكُوفة، أو خُبْزَ بغدادَ، لم يَحْنَثْ بأكلِ بعضِه، إلاَّ أَنْ ينويَ غيرَ ذٰلك.

فَرْعٌ: قال: لأشرَبنَّ ماءَ هذِه الإداوة، فانصبَّ قبل أَنْ يشرب، أو ماتَ الحالف، نُظِرَ:

إنْ كان بعد الإمكان، حَنِثَ. وإنْ كان قبلَهُ، فقولانِ، كالمكرَه.

ولو قال: لأشرَبنَّ منه، فصبَّه في حوضٍ، ثم شربَ منه من موضعٍ يعلم أنه وصلَ إليه، بَرَّ.

وإنْ حلفَ: لا يشربُ منه، فصبَّه في حوضٍ، وشربَ منه، حَنِثَ. وكذا لو حلفَ لا يشربُ من لبن هٰذه البقرةِ، فخلطَ بلبَنِ غيرِها، بخلافِ ما لو حلفَ لا يأكلُ هٰذه التمرةَ. فخلطها بِصُبْرَةٍ[1]، لا يَحْنَثُ إلّا بأكلِ جميع الصُّبْرَةِ، والفرق ظاهر.

فَرْعٌ: حلفَ: لا يشربُ ماءً فُراتاً، أو من ماءٍ فُراتٍ، حُمِلَ علىٰ الماءِ العَذْبِ من أيِّ موضعٍ كان.

وإن قال: من ماءِ الفُرات[2]، حُمِلَ علىٰ النهر المعروف.

ولو قال: لا أشربُ ماءَ الفراتِ، أو لا أشربُ من ماءِ الفرات، فسواءٌ أخذَ الماءَ بيده، أو في إناءٍ فَشربَ، أو كَرَعَ فيه، حَنِثَ.

ولو قال: لا أشربُ من ماءِ نهرِ كذا، فشربَ مِنْ ساقيةٍ تخرجُ منه، أو مِنْ بئرٍ محفورةٍ بقرب النهرِ، يعلمُ أَنْ ماءَها منه، حَنِثَ.

---

(١) **الصُّبْرَةُ** من الطعام وغيره: هي الكُوْمة المجموعة (تهذيب الأسماء واللغات: ٣ / ٣٠٢).

(٢) نهر عظيم ينبع من الأراضي التركية ماراً بالأراضي السورية، ثم يدخل العراق عابراً بغداد، يلتقي بدجلة في شَطّ العرب، ثم يصبُّ في الخليج العربي، طول النهر: (٢٧٨٠) كيلاً، منها (٦٥٠) كيلاً في سورية، و(١٢٠٠) كيلاً في العراق، وهو من أنهار الجنة كما جاءت الأحاديث الصحيحة المشهورة عن رسول الله ﷺ. انظر: (تهذيب الأسماء واللغات: ٣ / ٤٨٠ ـ ٤٨١).

ولو قال: لا أشربُ مِنْ نهر كذا، ولم يذكرِ الماءَ، فشربَ من ساقيةٍ تَخْرُجُ منه، حَنِثَ علىٰ الأَصَحِّ، كما لو أخذَ الماء في إناء.

ولو حَلَفَ لا يشربُ من هٰذه الجَرَّةِ، أو غيرِها مما يعتادُ الشُّرب منه، فجعل ماءَه في كُوزٍ، وشربَه، لم يَحْنَثْ.

المسألة الثانية: قال: لا آكلُ هٰذين الرغيفَين، أو: لا أَلْبَسُ هٰذين الثوبَين، لم يَحْنَثْ إلَّا بأَكلهما، أو لُبْسهما سواء لبسهما معاً، أو لبسَ أحدَهما وَنَزَعُه، ثم لبسَ الآخَرَ. وكذا لوقال: لآكُلنَّهما أو لأ لبَسَنَّهما[١]، لم يَبَرَّ[٢] إلَّا بأكلهما ولُبْسهما.

ولو قال: لا أكلِّمُ زيداً وعَمْراً، ولا آكلُ اللحْمَ والعِنَبَ، لم يَحْنَثْ إلَّا إذا أكلَهما، أو كلَّمهما، إلَّا إذا نوىٰ غير ذٰلك؛ لأن الواوَ العاطفة تجعلُهما كشيء واحد، فكأنه قال: لا آكلُهما، ولو قال: لا أكلِّم زيداً ولا عَمْراً، ولا آكُلُ اللحْمَ، ولا العِنبَ، حَنِثَ بكلِّ واحد منهما. وهما يمينان لا تنحلُّ إحداهما بالحِنْثِ في الأخرىٰ. ولو[٣] قال: لا أكلِّم أحدَهما، أو قال: واحداً منهما، ولم يقصِدْ واحداً[٤] بعينه، فَيَحْنَثُ إذا كلَّمَ أحدَهما، وتنحلُّ اليمينُ، فلا[٥] يحنَثُ بكلامِ الآخَر.

قال المتُوَلِّي: وكذا في الإثباتِ إذا قال: لألبسَنَّ هٰذا الثوبَ، وهٰذا الثوبَ، فهما يمينانِ؛ لوجودِ حرف العطف، ولكلِّ واحدٍ حُكْمُها، وفي هٰذا توقُّفٌ، ولو أوجبَ حرفُ العطفِ كونَهما يمينَين، لا كما لو قال: لا أَلْبَسُهما، لأوجَبَ في قوله: لا أكلِمُ زيداً وعَمْراً، ولا آكلُ اللحمَ والعنَب كونهما يمينَين، لا كما لو قال: لا أكلِّم هٰذين، ولا آكُلُ هٰذين.

فَرْعٌ: قال: لا آكُلُ هٰذا الرغيفَ، لم يَحْنَثْ بأكلِ بعضِه.

ولو قال: لآكُلَنَّهُ، لم يَبَرَّ إلا بأكل جميعِه. فلو بقي في الصورة الأولىٰ ما يمكن

---

(١) في المطبوع: « . . . قال: لا أكلتهما، أو لا لبستهما » خطأ. وانظر: (فتح العزيز: ١٢ / ٢٩٢).
(٢) في (أ): « لم يبرأْ ».
(٣) في المطبوع: « فلو » بدل: « ولو ».
(٤) في المطبوع زيادة: « منهما ».
(٥) في المطبوع: « ولا » بدل: « فلا ».

التقاطُهُ وأكلُهُ، لم يَحْنَثْ، كما لو قال: لا آكُلُ ما علىٰ هـٰذا الطَّبَقِ من التمر، فأكل ما عليه إلَّا تمرةً، لا يَحْنَثُ وإنْ جرتِ العادةُ بترك بعضِ الطعام؛ للاحتشام من استيفائه أو لغير [١٢٠٨ / أ] ذلكَ. وكذا لو قال: لآكلنَّ هـٰذهِ الرمَّانةَ، فترك حَبَّةً، لم يَبَرَّ. وإنْ قال: لا آكُلُها، فترك حَبَّةً، لم يَحْنَثْ.

المسألةُ الثالثةُ: إذا حلفَ: لا يأكلُ الرأسَ، أو الرؤُوسَ، ولا[١] يشتريها، حُمِلَ علىٰ التي تُمَيَّزُ عن الأبدان، وتُباع مفردةً، وهي رؤوسُ الإبل والبقر، والغَنَم. وفي رؤوس الإِبِل وجهٌ شاذٌّ عن ابن سُرَيْج، وطرده[٢] ابْن أَبي هُريرةَ في البقر[٣].

وقيل: إن كان في بلد لا تباعُ فيه إلَّا رؤوسُ الغنم، لم يَحْنَثْ بغيرها[٤]، والصحيح: الأولُ، وبه قطع الجمهورُ. فإن أكلَ رأسَ طيرٍ، أو حُوتٍ، أو ظَبْيٍ، أو صيدٍ آخَرَ، لم يَحْنَثْ علىٰ المشهور. فإن كانت رؤوسُ الصيدِ والحيتانِ تُباعُ مفردةً في بلد، حَنِثَ بأكلِها هناك. وهل يحنث بأكلها في غير ذٰلك البلد؟ وجهان.

رجَّح الشيخ أبو حامد، والرُّوْيَانيُّ المَنْعَ.

والأقوىٰ: الحِنْثُ، وهو أقربُ إلىٰ ظاهر النصِّ. وهل يعتبرُ نفسُ البلد الذي يثبتُ فيه العرفُ، أم كون الحالِفِ من أهلِهِ؟ وجهانِ. هـٰذا كُلُّهُ عند الإطلاقِ.

قال[٥] المتَوَلِّي: فإنْ قصدَ أَنْ لا يأكُلَ ما يُسَمَّىٰ رأساً، حَنِثَ برأسِ السَّمكِ، والطيرِ، وغيرهِ[٦]. وإنْ قصد نوعاً خاصّاً، لم يَحْنَثْ بغيرِهِ.

فَرْعٌ: حلف: لا يأكلُ البيضَ، حُمِلَ علىٰ ما يُزَايِلُ[٧] بائِضَهُ وهو حيٌّ؛ لأنه المفهوم، فلا يَحْنَثُ ببيضِ السمكِ، والجرادِ، ويَحْنَثُ ببيض الدّجَاجِ، والنَّعام، والإوَزِّ، والعصافيرِ، وقيل: لا يحنثُ إلَّا بالدّجَاجِ[٨]، وقيل: بالدجاج والإوز.

---

(١) في المطبوع: « أو لا ».

(٢) في المطبوع: « فطرده ».

(٣) في المطبوع زيادة: « والغنم »، أراها مقحمة.

(٤) في المطبوع: « لم يحنث إلَّا بغيرها »، كلمة: « إلَّا » مقحمة.

(٥) في المطبوع: « وقال ».

(٦) قوله: « وغيره » ساقط من المطبوع.

(٧) **يُزَايِل**: أي يفارِق.

(٨) في المطبوع: « إلَّا ببيض الدجاج » بدل: « إلَّا بالدجاج ».

وقال الإمامُ[1] : الطريقة المرضيَّة: أنه لا يَحْنَثُ إلَّا بما يُفردُ بالأكل في العادة، دون بيضِ العصافير، والحَمَام، ونحوها، والمذهبُ: الأولُ. ولا يحنث بأكل خُصْية الشاة؛ لأنها لا تُفهمُ عندَ الإطلاق.

وإن خرجتِ البيضةُ وهي منعَقدةٌ من الدجاجة، فأكلها، حَنِثَ، وإنْ أخرجت بعد موتها، فأكلها، فوجهان.

قلتُ: الأصحُ: الحِنْثُ. **واللهُ أعلمُ.**

المسألةُ الرابعةُ: حلف: لا يأكلُ الخبزَ، حَنِثَ بأيِّ خُبز كان، سواءٌ فيه خبز البُرِّ، والشعير، والذُّرَة، والأرُزّ، والباقِلاء، والحِمِّص؛ لأن الجميعَ خُبز، ولا يضرُّ كونُهُ غيرَ معهود بلده. كما لو حلفَ: لا يلبسُ ثوباً، حَنِثَ بأيِّ ثوب كان، وإن لم يكن معهودَ بلده.

وذكر السَّرْخَسِيُّ[2] وجهاً: أنه لا يَحْنَثُ بخبز الأَرُزِّ إلاّ في طَبَرِسْتَانَ[3]، وبه قطع الغزاليُّ، ونسبه إلىٰ الصَّيْدَلانِيِّ، وهي نسبة باطلةٌ، وغَلَطٌ في النقل؛ بل الصوابُ الذي قطع به الأصحاب في جميع الطرق؛ أنه يَحْنَثُ به كلُّ أَحَدٍ، وقد صَرَّح بذٰلك الصيدلاني أيضاً.

قال المُتَوَلِّي: ويَحْنَثُ بخبز البَلُّوطِ[4] أيضاً، ويَحْنَثُ بأَكلِ الأَقراصِ والرُّغْفانِ، وخُبزِ المَلَّةِ[5]، والمشحم وغيره، وسواء أكله علىٰ هَيئته، أو جعله ثَرِيداً. لٰكن لو صار في المَرَقَةِ كالحَسُوِّ[6]، فتحسَّاه، لم يَحْنَثْ.

وسواءٌ ابتلعَه بعد مَضْغٍ، أو ابتلعه علىٰ هَيئَتِهِ، فيحنثُ في الحالَين، وإن

---

(١) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٣٩٢).

(٢) هو أبو الفَرَج السرخسيُّ، عبد الرحمٰن بن أحمد.

(٣) **طبرستان:** منطقة تقع جنوب بحر قزوين، عاصمتها مدينة هَمَذان في إيران.

(٤) **البلُّوط:** مثل تَنُّور: ثمر شجرٍ، وقد يؤكل، وربما دبغ بقشره (المصباح: ب ل ط)، وانظر: (تهذيب الأسماء واللغات: ١ / ٥٣).

(٥) **خبز المَلَّة:** ضرب من الخبز، والمَلَّة: قيل: الحفرة التي تحفر للخبز، وقيل: الترابُ الحارُّ والرَّماد (المصباح: م ل ل). وانظر: (المعجم الوسيط: ٢ / ٩٢٢)، و(حاشية الدسوقي: ٢ / ٢٢٥).

(٦) **الحَسُوُّ:** علىٰ فعول، مثل رسُول: الحَسَاء: الطبيخ الرقيق يُحسَىٰ. انظر: (المصباح: ح س و)، و(حاشية البجيرمي: ٤ / ٣٢٨).

[مضغه و][(١)] لم يبتلعْهُ، لم يَحْنَثْ، سواء أدرك طعمَهُ، أم لا .

ولو أكل جَوْزَنِيقاً[(٢)]، فوجهان، حكاهما البغويُّ[(٣)]: أحدهما: يَحْنَثُ؛ لأنه لو نُزِعَ منه الحشْوُ صار خُبزاً.

والأصحُّ: المنعُ.

قلتُ: و[أما][(٤)] الرِّقاقُ، والبُقْسُمَاط[(٥)]، والبَسِيْسُ[(٦)] . . . . . .[(٧)] .

المسألةُ الخامسَةُ: حلفَ: لا يأكلُ اللحْم، أو لا يشتريهِ، لم يَحْنَثْ بشحم

---

(١) ما بين حاصرتين من المطبوع.

(٢) **جَوْزَنيقاً**: هو القطائف المحشوَّة بالجَوْز، ومثله: اللُّوزنيق، وهو القطائف المحشوَّة باللَّوز. انظر: (مغني المحتاج: ٤ / ٣٣٩)، و(حواشي الشرواني، وابن القاسم العبادي علىٰ تحفة المحتاج: ١٠ / ٣٩).

(٣) انظر: (التهذيب: ٨ / ١٢٨).

(٤) ما بين حاصرتين من (أ)، المثبت موافق لما في (مغني المحتاج: ٤ / ٣٣٩).

(٥) **البُقْسُمَاط**: اسم لنوعٍ من الخبز، يخبز ويجفَّف، ويسمَّىٰ في المغرب: بُشْماط (المعجم الوسيط: ١ / ٦٧ ـ ٦٨).

(٦) في المطبوع: « البسيسة »، المثبت موافق لما في (مغني المحتاج: ٤ / ٣٣٩). قال الشيخ محمد الشربيني الخطيب: « قال في زيادة الروضة: فأمَّا البُقْسُمَاط والبسيس والرّقاق وبيَّضَ لذٰلك ». قال في الخادم: « وكأن الشيخ محيي الدين رَحِمَهُ اللَّهُ أراد أن يكتب (فيحنث به؛ لأنه خبز)، ثم توقَّف لطلب النقل ».

قال في المهمات: أما البُقْسُماط؛ فسمَّاه الجوهري خبزاً، والرقاق في معناه. نَعَمْ، أهل العرفِ لا يسمون ذٰلك خبزاً، وأما البسيسُ: فهو أن يُلَتَّ السَّويق، أو الدقيق، أو الأقِطُ المطحون بالسمن، أو بالزيت، ثم يؤكل من غير طبخ. كذا ذكره الجوهري، وأنشد له:

لا تخبـزا خبـزا وبسَّـا بَسَّـا

وإذاعلمت ما ذكره تفسيراً واستدلالاً قطعتَ بأنه لا يحنث بالبسيس. اهـ.

وقال الأذرَعي: يظهر الحنث بالرقاق والبُقْسُماط، وكذا ببسيسٍ، أو خبز، لا إنْ قُليَ بشَيرج. قال: والمراد به؛ أي: بما يخبز ما يتعاطاه أهل الشام من أنهم يعجنون دقيقاً، ويخبزونه قبل أن يختمر، ثم يبسُّونه بغربالٍ ونحوه، ويضيفون إليه سمناً، وقد يزادُ عسلاً وسُكَّراً. . . ». وانظر: (التهذيب للبغوي: ٨ / ١٢٨ ـ ١٢٩)، و(فتح العزيز: ١٢ / ٢٩٦).

(٧) في الأصول الخطية بياضٌ، وجاء في هامش النسخة (ظ): « كذا نقل عن خط المصنف رَحِمَهُ اللَّهُ » وجاء في المطبوع مكان البياض: « والله أعلم ».

البطنِ، وشحمِ العين. والأصحُّ: أنه يحنث[١] بشحم الظَّهْرِ والجَنْبِ، وهو الأبيَضُ الذي لا يخالطه الأحمرُ؛ لأنه لحمٌ سَمينٌ [١٢٠٨ / ب]، ولهذا يحْمرُّ عند الهُزال.

ولو حلف: لا يأكلُ الشحمَ، حَنِثَ بشحمِ البطنِ، ولا يحنَثُ باللَّحم قطعاً، ولا بشَحم الظَّهْر علىٰ الأصحِّ.

وعن الشيخ أبي زيد[٢]: وجهٌ ثالث[٣]: إن كان الحالف عربيّاً، فشحمُ الظهرِ شحمٌ في حقِّهِ؛ لأنهم يعدُّونه شَحماً، وإنْ كان عجميّاً، فهو لحمٌ في حَقِّه.

وفي شحم العينِ وجهان.

ويدخلُ في اليمينِ علىٰ اللَّحم: لحمُ النَّعَمِ[٤]، والوَحْشِ، والطيرِ المأكولِ كُلِّهِ.

وفيما لا يؤكلُ؛ كالميتةِ، والخِنْزير، والذِّئْب، والحمارِ، وغيرها وجهانِ، رجَّحَ الشيخُ أبو حامد، والرُّوْيَانِيُّ المنعَ، والقَفَّالُ وغيْرُه الحِنْثَ.

قلتُ: المنعُ: أقوىٰ. **وٱلله أعلمُ**.

ولا يحنَثُ بأكلِ السمكِ علىٰ الصحيح.

والصحيح أَنَّ الأَلْيَةَ ليست بلحمٍ ولا شحمٍ.

وقيل: لحم.

وقيل: شحم.

والسَّنَامُ[٥] كالأَلْيَةِ.

ولو حلف علىٰ الأَلْيَةِ، لم يحنَثْ بالسَّنَام، وكذا العكس.

ولو حلفَ علىٰ الدَّسَم، تناولَ شَحْمَ الظَّهرِ، والبطنِ، والأَلْيَةِ، والسَّنَام، والأدهانَ كُلّها.

---

(١) في المطبوع: « أنه لا يحنث »، خطأ. انظر: (فتح العزيز: ١٢ / ٢٩٧).

(٢) هو أبو زيد المَرْوزي، محمد بن أحمد.

(٣) في المطبوع زيادة: « أنه ».

(٤) النَّعَم: الإبل والبقر، والغنم (النجم الوهاج: ٩ / ٥٥).

(٥) السَّنام: كتلٌ من الشحم مُحَدَّبة علىٰ ظهر البعير والناقة (المعجم الوسيط: ١ / ٤٧٣).

والمذهَبُ: أنه لا يدخلُ في اللحمِ: الأمعاء[١]، والطِّحَال[٢]، والكَرِشُ[٣]، والكَبِدُ[٤] والرِّئَةُ، ولا يدخل المُخُّ قطعاً، وقد يَجيءُ فيه الخلافُ، ولا يدخلُ القلبُ على[٥] الأصحِّ.

ويحنث بِلَحمِ[٦] الرأسِ، والخَدِّ، واللسانِ، والأكارع[٧] على المذهب.

وقيل: وجهانِ.

فَرْعٌ: حلفَ: لا يأكلُ لحمَ بقرٍ، حَنِثَ بلحم الجَامُوسِ[٨]، وبالبقرِ الأهليِّ، والوحشِي.

وقيل: في الوحشيِّ وجهان، وهو ضعيفٌ.

ولو حلف لا يركبُ الحمارَ، فركب حمارَ وَحْشٍ[٩] فوجهانِ؛ بناءً على أَنَّ الحِمارَيْنِ جنسٌ في الرِّبا، أم جنسانِ، وقد سبق في « الرِّبا » وجهان في أَنَّ الجرادَ هل هو من جنسِ اللحومِ ؟ ويمكن أَنْ يُخَرَّج عليهما الحِنثُ بأكله في يمين اللَّحم.

قلتُ: الصواب الجزْمُ بعدمِ الحِنْثِ؛ لعدم إطلاق الاسمِ؛ لُغَةً، وعُرْفاً. **واللهُ أعلمُ.**

فَرْعٌ: حلفَ: لا يأكلُ ميتةً، لم يحنثِ بالمذَكَّاة وإن حلّها الموتُ؛ للعرف. وهل يحنثُ بأكلِ السمَكِ ؟ وجهانِ.

---

(١) **الأمعاء:** جمعي مِعًى، وهي المصارين (النهاية: معا)، وقال الواحدي: الأمعاء: جميع ما في البطن من الحوايا. انظر: (تهذيب الأسماء واللغات: ٣ / ٥٩٣).

(٢) **الطِّحال:** بكسر الطاء: عضوٌ يقع بين المعدة والحجاب الحاجز في يسار البطن، تتصل وظيفته بتكوين الدم، وإتلاف القديم من كُرَيَّاته (المعجم الوسيط: ٢ / ٥٧٢).

(٣) **الكَرِش:** بفتح الكاف وكسر الراء، ويجوز إسكانها مع كسر الكافِ وفتحها، وهي من الحيوان كالمعدة للإنسان، وهي مؤنثه، وجمعها في القلَّة: أكراش، وفي الكثرة: كُروش (النجم الوهاج: ٩ / ٥٦).

(٤) **الكبد:** بكسر الباء، ويجوز إسكانها مع فتح الكاف وكسرها: عضو في الجانب الأيمن من البطن تحت الحجاب الحاجز، له وظائف عدة، وأظهرها إفراز الصفراء (المعجم الوسيط: ٢ / ٨٠٣).

(٥) في (ظ): « في ».

(٦) في المطبوع: « بأكل لحم » بدل: « بلحم ».

(٧) **الأكارع للدابة:** قوائمها. وانظر: (تهذيب الأسماء واللغات: ٣ / ٥٤٦)، و(المصباح: ك ر ع).

(٨) **الجاموس:** نوع من البقر (المصباح: ج م س).

(٩) في المطبوع: « الوحش ».

أحدُهما: نَعَمْ؛ للحديث: « **أُحِلَّتْ لنا مَيْتَتَانِ** »[١].

وأصحُّهما: لا؛ للعُرف، وكما[٢] لو حلفَ: لا يأكلُ دماً، لا يحنَثُ بالكَبِدِ والطِّحَالِ.

المسألةُ السادسَةُ: حلفَ: لا يأكلُ الزُّبْدَ، لا يحنَثُ بأكلِ السَّمْنِ.

ولو حلف: لا يأكلُ السَّمْنَ، لا يحنَثُ بالزُّبْدِ علىٰ الأصحِّ؛ لاختلاف الاسمِ والصفةِ.

ولو حلفَ علىٰ الزُّبْد والسَّمْن، لا يحنَثُ باللَّبَنِ، ويدخلُ في اللَّبَنِ لَبَنُ الأنعام، والصَّيدِ، والحليبُ[٣]، والرائِبُ[٤]، والماسْتُ[٥]، والشِّيرازُ[٦]، والمَخِيضُ[٧]، وتوقَّفَ بعضهم في الشِّيرازِ. قال القاضي أبو الطيِّب: ولا[٨] معنىٰ لتوقُّفه، وفي المَخِيضِ وجهٌ ضعيف.

فإن أكَلَ الزُّبدَ، فثلاثَةُ أوجُهٍ:

أصحُّها، وبه قال[٩] ابْنُ الصَّبَّاغ: إنْ كان اللبنُ ظاهِراً فيه، حَنثَ، وإن كان مُستهلكاً، فلا.

---

(١) أخرجه ـ من حديث ابن عُمَرَ رضي ٱلله عنهما ـ: أحمد (٢ / ٩٧)، وابن ماجهْ (٣٣١٤)، والبيهقي في (السنن الكبرىٰ: ١ / ٢٥٤)، والبغوي في (شرح السنة: ٢٨٠٣). قال الحافظ في (بلوغ المرام ص: ٢٠) بتحقيقي: « وفيه ضعف »، وانظر: (التلخيص الحبير: ١ / ٢٥ ـ ٢٦).

(٢) في المطبوع: « كما » بدون « الواو ».

(٣) **الحليب**: هو اللبن أول ما يخرج عند الحلب، وهو فعيل بمعنىٰ مفعول، أي: محلوب (النظم المستعذب: ٢ / ١٣٥).

(٤) **الرائب**: يسمىٰ اللبن بذلك إذا حمض وخثر، أي: ثخن (النظم المستعذب: ٢ / ١٣٥).

(٥) **الماسْت**: بسكون السين وبتاء مثنَّاة، كلمة فارسيَّة: اسم لِلَبنٍ حليبٍ، يُغلىٰ، ثم يترك قليلاً، وُيلقىٰ عليه قبل أن يبردَ لبنٌ شديد حتَّىٰ يَثْخُنَ (المصباح: م س ت).

(٦) **الشِّيراز**: مثال دينار: اللبن الرائب يستخرج منه ماؤه، وقال بعضهم: لبنٌ يغلي حتىٰ يثخن، ثم ينشف حتىٰ ينتقب ويميل طعمُهُ إلىٰ الحموضة (المصباح: ش ر ز)، وانظر: (النجم الوهاج: ١٠ / ٦٢)، و(النظم المستعذب: ٢ / ١٣٥).

(٧) **المخيض**: مخضتُ اللبنَ مخضاً: إذا استخرجتَ زُبدهُ بوضع الماء فيه وتحريكه، فهو مَخِيض، فعيل بمعنىٰ مفعول (المصباح: م خ ض).

(٨) في المطبوع: « لا » بدون « الواو ».

(٩) قوله: « وبه قال » ساقط من (ظ)، وجاء في المطبوع: « قطع » بدل: « قال ».

ولا يَحْنَثُ بالسَّمْنِ، والجُبْنِ[١]، والمَصْلِ[٢]، والأَقِطِ[٣].

وقال أَبَوا[٤] عليٍّ: ابْنُ أبي هُريرَةَ، والطبريُّ: يحنَثُ بكلِّ ما يُستخرجُ من اللَّبَنِ، والصحيح: الأولُ.

فَرْعٌ: حلف: لا يأكلُ السَّمْنَ، لا يحنثُ بالأَدْهانِ.

ولو حلفَ علىٰ الدّهْن: لم يحنثْ بالسَّمن علىٰ الأصحِّ.

السابعةُ: حَلَفَ: لا يأكلُ الجَوْزَ، قال الغزاليُّ: يحنَثُ بالجَوْزِ الهنديِّ.

قال: ولو حلفَ: لا يأكلُ التمر، لم يحَنْث بالهنديِّ؛ لأنَّ الجَوْز الهنديَّ قريبٌ من الجوزِ المعروفِ طَبْعاً وَطعماً، بخلاف التمر الهنديِّ. وقطع البغويُّ[٥] بأنه لا يحنثُ بالهنديِّ في الصورتَين. وكذا لو حلف: لا يأكل [١٢٠٩ / أ] البِطِّيخَ، لا يحنَثُ بالهنديِّ[٦].

ولو حلف: لا يأكلُ الخِيارَ، لا يحنَثُ بهـٰذا الذي يقال له: خِيَار شَنْبَر[٧].

الثامنة: كما أَنَّ الأعيانَ أجناسٌ مختلفةُ الأسماءِ والصفاتِ، كذٰلك الأفعالُ أجناسٌ مختلفةٌ، لا[٨] يتناولُ بعضُها بعضاً، فالشربُ ليسَ بأكلٍ، وكذا العكس، فإذا حلف: لا يأكلُ، فشربَ ماءً، أو غيره، أو[٩] لا يشربُ، فأكل طَعاماً، لا يحنَثُ.

---

(١) **الجُبْن**: هو لبن يعقد بالإنفحة (النظم المستعذب: ٢ / ١٣٥).

(٢) **المَصْل**: هو أن يؤخذ ماء الجبن والأَقِطِ فيغلىٰ غلياً شديداً حتىٰ ينقطع، ويطلع الثخين ناحية، فيترك في خرقة حتىٰ ينزل منه الماء الرقيقُ، ثم يعصر، ويوضع فوق الخريطة شيء ثقيل ليستنزل ما فيه، ثم يترك فيه قليل من الملح، ويجعل أقراصاً، أو حلقاً، والمصل والمصالة: أصله من مصل: إذا سال منه شيء يسير. يقال: مصل يمصل، طعمُهُ ممتزج ليس بالحامض ولا بالحلو (النظم المستعذب: ٢ / ١٣٥)، وانظر: (المصباح: م ص ل).

(٣) **الأَقط**: لبن مجفَّف يابس مُستحجِر يطبخ به (نهاية ابن الأثير: أقط).

(٤) في المطبوع: « أبو »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٢ / ٣٠٠).

(٥) انظر: (التهذيب: ٨ / ١٣١).

(٦) **البطيخ الهندي**: هو الأخضر (النجم الوهاج: ٩ / ٦٧).

(٧) **خيار شَنْبر**: ضربٌ من الخَرْنوب من الفصيلة القرنية (المعجم الوسيط: ١ / ٢٧٣).

(٨) في المطبوع: « ولا ».

(٩) في المطبوع زيادة: « حلف ».

واللَّبَنُ، والخَلُّ، وسائِر[١] المائعاتِ إذا حلف لا يأكُلها، فأكَلها بخُبز، حَنِثَ، وإن[٢] شربَها لم يَحْنَثْ.

وإِنْ حلَفَ: لا يشربُها، فالحكمُ بالعكس.

ولو حلفَ: لا يأكلُ سَوِيقاً[٣]، فاسْتَفَّهُ[٤]، أو تناولهُ بملعقة، أو بإصبع مبلولةٍ، حَنِثَ. ولو ماثَهُ في الماءِ[٥]، وشربَه، لم يحنَثْ.

ولو حَلَفَ: لا يشربُ السَّويقَ، فالحكمُ بالعكس.

ولو كانَ السَّويقُ خاثِراً، بحيثُ يؤخَذُ بالملاعِقِ، فتحسَّاه، ففيه خلافٌ، والأصحُّ أنه لَيس بشُربٍ.

ولو قال: لا أطعَمُ، أو لا أتناولُ، دخلَ في اليمينِ الأكلُ والشرْبُ جميعاً.

فَرْعٌ: حلفَ: لا يأكلُ السُّكَّرَ، حَنِثَ بنفس السكَّر، دون ما يتخذُ منه، إلاَّ إذا نوىٰ. وكذا الحُكم في التمرِ، والعَسَلِ.

ثم إِنَ ابتلعَ السكَّرَ بلا مَضْغٍ، فقد أكلَه، كما لو ابتلعَ[٦] الخبزَ علىٰ هَيئته، وإِنْ مضغَهُ وازْدَرَدَهُ[٧] ممضوغاً، حَنِثَ أيضاً.

وإِنْ وضعَه في فمِهِ، فذابَ، ونزلَ، لم يحنَثْ علىٰ الأصحِّ، وبه قطعَ المُتَوَلِّي والبَغَوِيُّ[٨]؛ لأنَّه[٩] لا يُسَمَّىٰ آكِلاً للسُّكَّرِ.

---

(١) في المطبوع: « وباقي ».

(٢) في المطبوع: « أو » بدل: « وإِنْ ».

(٣) **السَّوِيق:** طعام يتخذ من مدقوق الحنطة والشعير؛ سمي بذٰلك لانسياقه في الحلق. انظر: (فتح الباري: ١ / ٣١٢)، و(المصباح، والمعجم الوسيط: سوق).

(٤) **استفَّه:** يقال: سَفَّ الدواءَ، واستفَّه، وسَفِفْتُ أنا بالكسر، وأسففته بمعنًى، أي: أخذته غير ملتوتٍ، وكذا السَّوِيقُ (النظم المستعذب: ٢ / ١٣٤)، وانظر: (المصباح: س ف ف).

(٥) **ماثه في الماء:** أي: خلطه وأذابه فيه (المعجم الوسيط: ٢ / ٩٢٦).

(٦) في المطبوع: « أكل »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٢ / ٩٢٦).

(٧) **ازْدَرَدَه:** أي: ابتلعه.

(٨) انظر: (التهذيب: ٨ / ١٢٩).

(٩) في المطبوع: « كما أنه » بدل: « لأنه ».

فَرْعٌ: حلفَ لا يأكلُ العِنَبَ، والرمَّانَ، لم يحنَثْ بأكِلِ عصيرِهما، وشُربِهِ. ولو امتصَّهما، ورمىٰ الثُّفْلَ[1]، لم يَحْنَثْ أيضاً؛ لأنه ليس آكِلاً.

فَرْعٌ[2]: حلفَ: لا يأكلُ السَّمْنَ، فأكلَه وهو جامِد وحده، حَنِثَ[3]، وإنْ شربَه ذائباً، لم يَحْنَثْ علىٰ الصحيح.

وإن أكَله بخُبز وهو جامد، أو ذائب، حَنِثَ علىٰ الصحيح، وخالف فيه الإِصْطَخْرِيُّ.

وإن جعله في عَصِيْدةٍ[4]، أو سَويقٍ، فالنصُّ: أنه يَحْنَثُ، ونَصّ أنه لو حلفَ: لا يأكلُ خَلاًّ، فأكَلهُ سِكْبَاجاً[5]، لا يحنثُ، فقال الجمهور: ليس ذٰلك باختلافٍ؛ بل إنْ كان السمنُ ظاهراً في العَصيدةِ والسَّويق يرىٰ جِرْمه، حَنِثَ، وهٰذا مرادُه بنصِّ السمْنِ، وكذا حكمُ الخلِّ إذا كان ظاهراً بلونِهِ، وطعمِهِ؛ بأَنْ أكلَ المرقة[6]، وهي حامضةٌ: وإن كان السمنُ، أو الخلُّ مُستهلَكاً، لم يَحْنَثْ. وهٰذا مرادُهُ بنصِّ الخَلِّ. وصوَّروا ذٰلك فيما إذا أكل لحمَ السِّكْبَاج، أو ما فيه من سِلْقٍ[7] ونحوِهِ[8]، ومنهم مَنْ أطلقَ وجَهين، أو قولَين فيهما.

---

(١) الثُّفْل: مثل قُفْل: حُثَالة الشيء، وهو الثخين الذي يبقىٰ أسفل الصافي (المصباح: ث ف ل).

(٢) كلمة: « فرع » ساقطة من المطبوع.

(٣) في (ظ) زيادة: « علىٰ الصحيح ».

(٤) العصيدةُ: دقيق يضاف إليه ثلاثة أمثاله من الماء كَيْلاً، ولا يزال يحرك علىٰ نارٍ هادئة حتَّىٰ يغلظ قوامه، فيصب عليه السمن واللبن المحلَّىٰ بالعسل أو السكَّر (المعجم الوسيط: عصد). وقال الخطيب الشربيني في (مغني المحتاج: ٤ / ٣٤٠): « هي كما قاله ابن مالك: دقيق يلت بسمنٍ ويطبخ. قال ابن قتيبة: سميت بذلك لأنها تُعْصَدُ بآلة؛ أي: تلوىٰ ». قال الشاعر ـ كما في (حاشية البيان: ١٠ / ٥٤٠) ـ حاكياً مكوِّناتها، وحال الناس في معاملاتهم:

منكَ الدقيقُ ومني النار أضرمها ... ومني الماء ومنكَ السمنُ والعسل

وانظر: أحوال العصيدة في (فقه اللغة للثعالبي ص: ٢٦٧).

(٥) سِكْبَاج: بكسر السين: طعام يعمل من اللحم والخَلِّ مع توابلَ وأفاويه. القطعة منه: سِكْباجة. انظر: (المصباح، والمعجم الوسيط: ١ / ٤٥٤).

(٦) في المطبوع: « مرقة ».

(٧) سِلْق: السِّلْقُ: بَقْلَةٌ لها ورق طوال، وأصلٌ ذاهبٌ في الأرض، وورقها غَضٌّ طريٌّ يؤكل مطبوخاً (المعجم الوسيط: ١ / ٤٦١).

(٨) في المطبوع: « وغيره ».

فَرْعٌ: حلفَ: لا يأكلُ أو لا يشربُ، لا يحنَثُ بمجرَّدِ الذَّوق.

ولو حلفَ: لا يذوقُ، فأكلَ، أو شربَ، حَنِثَ علىٰ الصحيحِ؛ لتضمُّنهما الذوقَ.

وإنْ أدركَ طَعْمَ الشيءِ بالمضْغِ والإمساكِ في الفَم، ثمَّ مَجَّهُ، ولم ينزلْ إلىٰ حَلْقه، فوجهانِ.

أحدهما: لا يَحْنَثُ، كما لا يفطرُ.

وأصحُّهما: يَحْنَثُ؛ لأنَّ الذوقَ إدراكُ الطَّعْمِ.

ولو حلفَ: لا يأكلُ، ولا يشربُ، ولا يذوقُ، فأوْجرَ[١] في حَلْقه حتَّىٰ صارَ في جَوفِهِ، لم يَحْنَثْ.

ولو قال: لا أطعَمُ كذا، فأَوْجَرَه[٢]، حَنِثَ؛ لأن معناه: لا جعلته لي طعاماً.

التَّاسِعَةُ: حلفَ: لا يأكلُ الفاكهةَ، حَنِثَ بأكلِ العِنب، والرمَّان، والرُّطَب، والتفَّاح، والسَّفَرْجَلِ، والكُمَّثْرىٰ[٣]، والمشمشِ[٤]، والخوخِ، والإجَّاصِ[٥]، والأُتْرُجِّ[٦]، والنَّارنْج[٧]، واللَّيمون، . . . .

---

(١) **فأوجر**: الوَجُور: ما صُبَّ في وسط الفم في الحَلْق (تهذيب الأسماء واللغات: ٣ / ٦٨٠)، وفي (فتح العزيز: ١٢ / ٣٠٢): « فأوجره » بدل: « فأوجر ».

(٢) في (فتح العزيز: ١٢ / ٣٠٢) زيادة: « نَفْسَهُ ».

(٣) **الكُمَّثْرىٰ**: شجر مثمر من الفصيلة الورديَّة، أصنافه كثيرة، ويسمَّىٰ الإنجاص في الشام. (المعجم الوسيط: ٢ / ٨٢٩).

(٤) **المشمش**: مثلَّث الميمين: شجر مثمر من الفصيلة الورديَّة، يؤكل ثمره غضّاً، أو مجففاً، أو علىٰ شكل شرائح تسمَّىٰ: قمر الدِّين (المعجم الوسيط: ٢ / ٩٠٧).

(٥) **الإجَّاص**: بكسر الهمزة، وتشديد الجيم من غير نونٍ بينهما: ثمر معروف، وهو الذي يسمِّيه أهل دمشق الخَوْخ (تهذيب الأسماء واللغات: ٣ / ٧). وجاء في (المعجم الوسيط: ٢ / ٨٢٩): « الإجَّاصُ في اللغة: ما يسمَّىٰ البرقوق في مصر ». **والبرقوقُ**: شجر من الفصيلة الورديَّة، ينمو في المناطق المعتدلة، أزهاره بيضٌ ورديَّة وثمره مختلف الألوان.

(٦) **الأُتْرُجّ**: ثمر كالليمون الكبار، ذهبي اللون، ذكيّ الرائحة، حامض الماء، تسميه العامة في الشام الكَبَّاد. انظر: (المعجم الوسيط: ١ / ٤، و٢ / ٨٠٣)، و(قاموس الغذاء والتداوي بالنباتات ص: ١٠).

(٧) **النَّارَنْج**: شجرة مثمرة، دائمة الخضرة، ثمرتُها لبِّية، وعصارتُها حمضية مُرَّة. انظر: (المعجم =

والنَّبِقِ[١]، والمَوزِ، والتينِ. ولاَ يحنث [١٢٠٩ / ب] بالقِثَّاءِ، والخِيَارِ[٢] كالباذنجان[٣] والجَزَر. ويحنثُ بالبطيخ[٤] علىٰ الأصح، وبه قال ابْنُ سُرَيْجٍ؛ لأن له نُضْجاً وإدراكاً.

ويدخلُ في اسم الفاكهة: الرَّطْبُ واليابِسُ؛ كالتمرِ، والزَّبيبِ، والتينِ اليابسِ، ومُفلَّقِ الخَوْخِ، والمِشْمِش[٥]. وهل يحنَثُ بلُبِّ الفُستُقِ[٦] والبُندُقِ، وغيرهما؟ وجهان.

أَصحُّهمَا: نَعَمْ؛ لأنه يُعَدُّ من يابِسِ الفاكهةِ، هٰكذا قالَ[٧] الجمهورُ.

وقالوا: لو حلفَ: لا يأكلُ الثمارَ، حَنِثَ بالرَّطْبِ دون اليابساتِ.

وقال المُتَولِّي: لا يَحْنَثُ باليابسِ في يمين الفاكهةِ أيضاً. والصحيحُ: الأولُ.

العاشرة: حَلَفَ: لا يأكلُ البَيض، ثم حلفَ: ليأكلنَّ ما في كُمِّ زيدٍ، فإذا هو بَيضٌ، فجعَله في الناطِفِ[٨]، وأكلَهُ كُلَّهُ، لا يحنَثُ في واحدةٍ من اليمينَين[٩]، ولا بُدَّ من أكلِ جميعِهِ.

= الوسيط: ٢ / ٩٤٩).

(١) **النَّبق**: بفتح النون وكسر الباء، وقد تسكَّن: ثَمَرُ السِّدْر، وأشبه شيء به العُنَّاب قبل أن تشتدَّ حمرته (نهاية الغريب: نبق).

(٢) في (فتح العزيز: ١٢ / ٣٠٣) زيادة: « فهي من الخضراوات ».

(٣) في المطبوع: « والباذنجان ».

(٤) المرادُ: البطيخ الأصفر (النجم الوهَّاج: ١٠ / ٦٦).

(٥) قال في (المصباح ص: ٣٩٢): « خوخٌ مُفَلَّق، اسم مفعول، وكذٰلك المشمس ونحوه إذا تفلق عن نواه وتجفَّف، فإن لم يتجفَّف فهو فُلُّوق، بضم الفاء واللام مع تشديدها ».

(٦) **الفستق**: بضم الفاء وفتحها (النجم الوهَّاج: ٩ / ٦٦).

(٧) في المطبوع: « كذا قاله » بدل: « هٰكذا قال ».

(٨) **النَّاطف**: ضَرْبٌ من الحَلْوىٰ، يصنع من اللَّوز والجوز والفستق، ويسمَّىٰ أيضاً: القُبَّيط. قال أبو نُواس:

يقولُ والناطفُ في كفهِ ... مَنْ يشتري الحُلْوَ من الحُلْوِ

وسُمِّي بالناطف؛ لأنه ينطفُ قبل استضرابه؛ أي: يَقْطُرُ. انظر: (المصباح، والمعجم الوسيط: ن ط ف).

(٩) هٰذه المسألة عدَّها المصنف رَحِمَهُ ٱللَّهُ من طرف المسعوديِّ، محمد بن عبد الله المروزي. انظر: (تهذيب الأسماء واللغات: ٢ / ٦٢٧).

فروعٌ تتعلَّق[١] بهٰذا النوع: الرُّطَبُ[٢] ليس بتَمْر، والعنبُ ليس بزبيبٍ[٣]، وعصيرُ التَّمْر، ودِبْسُهُ ليس بتَمر، والسِّمْسِم[٤] ليس بشَيْرَج[٥]، وكذا العكوس.

والرُّطَبُ ليسَ ببُسْرٍ[٦]، ولا بَلَحٍ[٧].

ولو حلف: لا يأكلُ الرُّطَبَ، فأكلَ المُنصِّفَ[٨]، نظر:

إن أكلَ النصْفَ الذي أَرْطَبَ، حَنِثَ قطعاً، وإنْ أكلَ الجميعَ، حَنِثَ علىٰ الصحيح، وخالف فيه الإِصْطَخْرِيُّ، وأبو عليٍّ الطبريُّ. وإن أكل النصْفَ الذي لم يُرْطِبْ، لم يَحْنَثْ.

ولو حلف: لا يأكلُ البُسْرَ، فأكل المُنَصِّفَ، ففيه هٰذا التفصيل، والحكم بالعكس.

---

(١) في المطبوع: « فرع يتعلَّق »، والمثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٢ / ٣٠٤).

(٢) الرُّطَبُ: نضيجُ البُسْرِ قبل أن يصير تمراً، وذٰلك إذا لانَ وحَلاَ، أو: ثمرُ النخل إذا أدركَ ونَضِجَ قبل أن يصيرَ تمراً (المعجم الوسيط: ١ / ٣٦٤).

(٣) في المطبوع زيادة: « وعصير العنب ليس بعنبٍ »، لم ترد في الأصول الخطية، ولا في (فتح العزيز: ١٢ / ٣٠٤).

(٤) في (ظ، أ): « والسمن ».

(٥) الشَّيْرَج: دُهْنُ السِّمْسِمِ (المصباح: ش ر ج).

(٦) البُسْرُ: ثَمرُ النخل قبل أن يُرْطِبَ. (المعجم الوسيط: ١ / ٥٧)، وانظر: (تهذيب الأسماء واللغات: ٣ / ٤٦).

(٧) البَلَحُ: ثَمَرُ النخل ما دام أخضر قريباً إلىٰ الاستدارة إلىٰ أن يغلُظَ النَّوىٰ، وهو كالحِصْرم من العنب، فإذا أخذ في الطول والتلوُّن إلىٰ الحمرة أو الصفرة فهو بُسْرٌ، فإذا خلص لونه وتكاملَ إِرْطابُهُ فهو الزَّهْوُ (المصباح: ب ل ح).

(٨) « المُنصِّف »: كذا في الأصول، وجاء في (نهاية المطلب: ١٨ / ٤١٦): « المُصَنَّف وهو الذي نصفُهُ رُطَبٌ، ونصفُهُ بُسْرٌ ». قال في « المصباح »: صَنَّف التمرُ تصنيفاً: أدركَ بعضُهُ دون بعضٍ، ولوَّن بعضُهُ دون بعض ».

وقال الخطيب الشربيني في (مغني المحتاج: ٤ / ٣٣٨): « المُنَصِّفُ، بضم الميم، وفتح النون، وكسر الصادِ المهملة المشددة.

قال أهل اللغة: ثمر النخل أوله: طلع وكافور، ثم خَلالٌ بفتح الخاء المعجمة واللام المخففة، ثم بَلَح، ثم بُسْر، ثم رُطَب، ثم تمر، فإذا بلغ الإِرْطاب نصف البُسْرَةِ، قيل: مُنَصِّفة، فإن بدا من ذَنَبِها ولم يبلغِ النِّصْفَ، قيل: مُذَنِّبة بكسر النون. . . »، وانظر: (فقه اللغة للثعالبي ص: ٣٠٣).

ولو حلفَ: لا يأكلُ بُسْرَةً ولا رُطَبَةً، فأكلَ مُنَصِّفَةً[(١)]، لم يحنَثْ.

ولو حلف: لا يأكلُ طعاماً، تناول اللفظُ القُوتَ[(٢)]، والأُدْمَ[(٣)]، والفاكهةَ، والحَلوىٰ[(٤)]. وفي الدواء وجهان.

ولو حلف: لا يأكلُ قُوتاً، حَنِثَ بأكل ما يُقتات من الحُبوب، ويحنَثُ بالتمر، والزبيبِ، واللحمِ إن كان مِمَّنْ يقتاتُها، وإلَّا فوجهانِ.

ولو حلف: لا يأكل إداماً، حَنِثَ بكل ما يُؤتدم به، سواء كان مِمَّا يُصطبَغُ[(٥)] به؛ كالخَلِّ، والدِّبْسِ، والشَّيْرَجِ، والزيت، والسَّمْنِ، والمُرِّيِّ[(٦)]، أو لا يُصطبغُ به، كاللَّحمِ، والجُبْنِ، والبَقْلِ، والبصَل، والفُجْلِ، والثمار، وكذا التمر والمِلح علىٰ الصحيح فيهما.

واسمُ الماءِ يتناولُ العَذْبَ، والملحَ، ومياهَ الآبارِ، والأَنهارِ، وكذا ماء البحرِ، وفيه احتمال للشيخ أبي حامد.

ولو[(٧)] حلف: لا يَشربُ الماءَ، لم يحنَثْ بأكلِ الجَمَدِ، والثَلجِ، ويحنَثُ بشُرب مائِهما.

---

(١) في المطبوع: « منصفاً ».

(٢) القوت: محمولٌ علىٰ ما يقتاتُ من الحبوب والتمر والزبيب، واللحم إن كان ممن يقتات ذٰلك، وإلَّا فوجهان (النجم الوهَّاج: ١٠ / ٦٨).

(٣) في المطبوع: « والإدام »، الأُدْمُ والإدامُ: ما يؤكل مع الخبز أي شيء كان (نهاية الغريب: أدم).

(٤) في المطبوع: « الحلواء ». قال في (النجم الوهَّاج: ١٠ / ٦٨): « والحلوىٰ إنْ قصرتها كتبتها بالياء، وإن مددتها فبالألف، وهو كُلُّ حُلْوٍ ».

(٥) الصِّبغُ: ما يصبغ به الخبز في الأكل، ويختص بكل إدام مائع كالخَلِّ ونحوه، وفي التنزيل: ﴿وَصِبْغٖ لِّلۡأٓكِلِينَ﴾ [المؤمنون: ٢٠]، وانظر: (المصباح: ص ب غ).

(٦) في المطبوع و(فتح العزيز: ١٢ / ٣٠٤): « والمربىٰ » خطأ. قال الركبي في (النظم المستعذب: ٢ / ١٣٥): « المُرِّيّ، بتشديد الراء والياء (بوزن: الدُّرِّيّ)، وكأنه منسوب إلىٰ المرارة، والعامة تخففه، وصنعته: أَنْ يؤخذ الشعير فيقلىٰ، ثم يطحن، ويعجن، ويخمر، ثم يخلط بالماء، فيستخرج منه خَلٌّ يضرب لونه إلىٰ الحمرة، يؤتدم به، ويطبخ به ». وقال في « المصباح »: « المُرِّيُّ: الذي يؤتدم به، ويسميه الناسُ الكامَخَ ».

(٧) في المطبوع: « فلو ».

ولو حلفَ : لا يأكلُ الجَمَدَ ، أو الثلْج[1] ، لم يحنَثْ بشُرب مائِهما .

والثلجُ ليس بجَمدٍ ، وكذا العكس .

ولو حلفَ : لا يأكلُ مِمَّا طبخه[2] زيد ، فالاعتبارُ فيه بالإيقادِ إلىٰ الإدراكِ ، أو وَضْع القِدْرِ في التَّنُّورِ بعد سَجْرِهِ ، فإنْ أوقدَ زيد تحت القِدرِ[3] حتَّىٰ أدركَ ، أو وضَعها في التنورِ فأكلَ منه ، حَنِثَ ، سواءٌ وُجِدَ نَصْبُ القِدْرِ ، وتقطيعُ اللحمِ ، وصَبُّ الماءِ عليه ، وجمعُ التوابلِ ، وسَجْرُ التنورِ منه ، أو مِنْ غَيره .

ولو أوقَدَ ، أو وضعَ في التنورِ مع غيره ، لم يَحْنَثْ ؛ لأنه لم ينفردْ بالطَّبخ ، وكذا لو أوقدَ هـٰذا سَاعةً ، وهـٰذا ساعةً .

قال الإمامُ[4] : ولو جلس الحاذِق بالطَّبخ قريباً ، واستخدمَ صبيّاً في الإيقاد ، وقَلَّلَ أو كَثَّرَ ، ففيه تردُّدٌ ؛ إذ يضافُ الطبخُ هنا إلىٰ الأستَاذِ[5] .

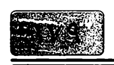
ولو قال : لا آكُلُ ما خبزَهُ فلانٌ ؛ فالاعتبارُ بإلصاقِهِ بالتنورِ[6] ، لا بالعَجْنِ ، وسَجْرِ التنُّورِ ، وتقطيعِ الرُّغفان ، وبَسْطِها .

قلتُ: ولو حلفَ : لا يأكلُ ثَريداً[7] ، لم يحنَثْ بخُبزٍ [١٢١٠ / أ] غيرِ مَثْرُودٍ في مَرَقٍ . **واللهُ أعلمُ** .

---

(١) في المطبوع : « والثلج » .
(٢) الطبخ : هو الإيقاد تحت الآلة التي فيها الطبخ (نهاية المطلب : ١٨ / ٣٤٩) .
(٣) في المطبوع : « تحته » بدل : « تحت القِدْر » .
(٤) انظر : « نهاية المطلب : ١٨ / ٣٤٩) .
(٥) **الأستاذ:** المراد به هنا : الحاذق بالطبخ ، العليم به . انظر : (نهاية المطلب : ١٨ / ٣٤٩) . قال في « المصباح » : « الأستاذ : كلمة أعجمية ، ومعناها : الماهر بالشيء » .
(٦) في المطبوع : « إلىٰ التنور » بدل : « بالتنور » .
(٧) **الثَّرِيد:** فعيل بمعنىٰ مفعول ، يقال : ثردتُ الخبز ثَرْداً ، وهو أن تَفُتَّهُ ثم تبلَّهُ بمرَق اللحم ، وقد يكون معه اللحم ، ومن أمثالهم : الثريدُ : أَحَدُ اللحمين ، وربما كان أنفع وأقوىٰ من نفس اللحم النضيج إذا ثرد بمرقته . انظر : (نهاية الغريب ، والمصباح : ث ر د) ، و(فتح الباري : ٩ / ٥٥١) .

قال أستاذنا العلامة محمد شُرَّاب في كتابه (المدينة النبوية فجر الإسلام والعصر الراشدي : ١ / ٥١٣) : « وهو ما يسمَّىٰ اليوم (الفتّ) ، والفتُّ إذا أطلق ، أريد به : الخبز المفتوت في مرق اللحم ، فإذا كان غير ذٰلك ، فإنه يقيَّدُ ، فيقال (فتة حِمّص) ، ويقال : (الفتُّوش) لما يفتُّ في مادة السلطة » .



النوعُ الثالث: في العُقود، وفيه مسائِلُ:

إحداها: حلفَ: لا يأكلُ طعاماً اشتراه زيدٌ، أو من طعام اشتراه زيد، أو لا يلبس ثوباً اشتراه زيد، لم يحنَثْ بما ملكَهُ بإرثٍ، أو هِبَةٍ أو وصيَّةٍ، أو رجعَ إليه بردٍّ بعيب، أو بإقالة، وإنْ جَعْلنا الإقالةَ بيعاً؛ لأَنَّها لا تُسمَّىٰ[١] بيعاً عند الإطلاق، وكذا لا يحنثُ بما خلصَ له بالقِسْمة وإنْ جعلْناها بيعاً.

ويحنثُ بما ملكَهُ بالتَّولية، والإشراك، والسَّلَم؛ لأنها بُيوع، [ولا][٢] يحنث بما ملكَهُ بالصُّلْحِ علىٰ الصحيحِ، وبه قطعَ الصيدلانيُّ، والبغويُّ[٣]، والمُتَولِّي، والرُّوْيَانيُّ، وغيرُهم.

وَلو قالَ: لا أدخلُ داراً اشتراها زيدٌ، لم يحنَثْ بدارٍ ملكَ بعضَها بالشُّفْعة. ولا يحنَثُ بما اشتراهُ لزيد وكيلُهُ، ويحنثُ بما اشتراهُ زيدٌ لغيرِهِ بوَكالة، أو ولاية.

ولو اشتراه زيدٌ، ثم باعه، فأكلَه، حَنِثَ؛ لأنه موصوفٌ بأنَّ زيداً اشتراه. وكذا لو باع بعضَه فأَكل[٤] مِنْ ذٰلك البعضِ.

ولو أكلَ طعاماً اشتراه زيدٌ وعَمْرٌو، لم يحنَثْ علىٰ الصحيح.

وقيل: يحنَثُ؛ لأنه ما مِنْ جُزء إلاَّ وقد وَرَدَ عليه شراءُ زيدٍ، وهـٰذا اختيارُ القاضي أبي الطيِّبِ.

وقيل: إن أكلَ النصفَ فما دونه، لم يَحْنَثْ، وإنْ أكلَ أكثرَ منه، حَنِثَ؛ لأنَّا نتحقق أنه أكلَ مِمَّا اشتراه زيد. ثم لم يفرِّقِ الجمهورُ بين قولِهِ: لا آكُلُ مِنْ طعامٍ اشتراه زيد، وقولِهِ: طعاماً اشتراه زيدٌ. وخصَّ البغويُّ الأوجه بما إذا قال: مِنْ طعامٍ اشتراه زيدٌ، وقطعَ بعدم الحِنْثِ فيما إذا قال: طعاماً اشتراه زيد.

قال: إلاَّ أَنْ يريد[٥]: لا يأكل طعامه أو مِنْ طعامِهِ، فيحنَث بالمشترَك. ولو

---

(١) في المطبوع: « لأنه لا يسمَّىٰ ».
(٢) ما بين حاصرتين ساقط من (ظ).
(٣) انظر: (التهذيب: ٨ / ١٣٣).
(٤) في المطبوع: « وأكل ».
(٥) في المطبوع زيادة: « أن ».

اشترىٰ زيدٌ طعاماً، وعَمْروٌ طعاماً، وخلَطا، فأكلَ الحالِف من المختلِط، فثلاثة أوجُهٍ:

أحدها: لا يحنثُ، وإنْ أكل الجميعُ، وبه قال ابْنُ أبي هُريرةَ؛ لأنه لا يمكن الإشارةُ إلىٰ شيء منه بأنه اشتراهُ زيدٌ.

والثاني، وهو قول الإِصْطَخْرِيِّ، واختاره القاضي أبو الطيِّب: إنْ أكلَ أكثرَ من النصفِ، حَنِثَ، وإلاَّ، فلا، وهـٰذا[1] عند استواء القَدْرَيْنِ.

والثالث، وهو الأصحُّ، وبه قال أبو إسحاقَ: أنه إنْ أكلَ قليلاً يمكن أَنْ يكونَ مِمَّا اشتراه عَمْرٌو، كَعَشْرِ حَبَّاتٍ من الحِنطة، وعشرينَ [حبة][2]، لم يحنَثْ، وإِنْ أكل قَدْراً صالحاً، كالكَفِّ والكَفَّين، حَنِثَ؛ لأنَّا نتحقَّق أَنَّ فيه مِمَّا اشتراه زيد.

فَرْعٌ: قال: لا أسكن داراً لزيد، فسكنَ داراً له فيها حِصَّةٌ قليلةٌ، أو كثيرةٌ، لا يحنَثُ. نص عليه في « الأُمِّ ».

فَرْعٌ: في « تعليقة إِبراهيمَ المَرُّوْذِيِّ »: أنه لو حلفَ: لا يأكلُ طعامَ زيد، فأكل مشتركاً بينه وبينَ غيره، حَنِثَ، وقد سبق عن البغويِّ ما يوافقه.

قال: ولو حلف لا يلبَسُ ثوبَ زيد، أو لا يركَبُ دابتهُ، فلبس، أو ركبَ مشتركاً، لم يَحْنَثْ.

المسألةُ الثانيةُ: حلفَ لا يشتري، أو لا يبيعُ، فوكَّلَ مَنْ باع واشترىٰ له، أو لا يضربُ عبدَه، فأمر مَنْ ضَرَبه، أو حلفَ الأميرُ أو القاضي: لا يضربُ، فأمر الجلاَّدَ، فضرَبَ، لم يَحْنَثْ. وذكر الرَّبيعُ[3]: أن الحالِف إنْ كان مِمَّنْ لا يتولَّىٰ البَيع والشراءَ، والضرب[4] بنفسه، كالسلطان، أو كان الفعلُ المحلوفُ عليه لا يعتادُ

---

(١) في المطبوع: « وهو ».

(٢) ما بين حاصرتين زيادة من المطبوع.

(٣) هو الربيع بن سليمان المرادي. قال المصنف في (تهذيب الأسماء واللغات: ١ / ٤٥٧): « واعلم أنَّ الربيع حيث أطلق في كتب المذهب، المرادُ به: المراديّ، وإذا أرادوا: الجيزيَّ، قيَّدوه بالجيزي ».

(٤) في المطبوع: « أو الضرب ».



الحالِف فعله [أو لا يجيء منه] [١]، كالبناء [١٢١٠ / ب] والتطيين، حَنِثَ إذا أَمَرَ به؛ فمنهم مَنْ جعل هـٰذا قولاً آخَرَ. وأثبتَ قولَين، والمذهبُ: القطعُ بأنه لا يحنَثُ، والامتناعُ مِنْ جَعْلِهِ قولاً.

ولو حلف: لا يزوِّجُ، أو لا يطلِّقُ، أو لا يَعْتِقُ، فوكَّلَ، وعقدَ الوكيلُ، فكالتوكيلِ في البيع.

ولو فوَّضَ الطلاَق إلىٰ زوجته، فطلَّقَتْ نفسَها، لم يحنَثْ علىٰ المذهب. وحُكي قولٌ: أنه يحنَثُ هنا، وإنْ لم يحنَثْ في التوكيل؛ لأنه فوَّضَه إلىٰ مَنْ لا يملكُهُ، فكأنه[٢] هو المطلِّق.

ولو[٣] قال: إنْ فعلتِ [كذا][٤]، أو إنْ شئتِ، فأنتِ طالقٌ، ففعلَتْ، أو شاءَتْ، حَنِثَ؛ لأن الموجودَ منها مُجَرَّدُ صِفَةٍ، وهو المطلِّق.

ولو حلفَ: لا يتزوَّجُ، أو لا ينكحُ، فوكَّلَ مَنْ قَبِلَ له نكاحَ امرأةٍ، فهل يحنَثُ؟ وجهانِ، حكاهما المُتولِّي:

أحدهما: لا، كالبيع، وبه قطع الصَّيدلانِيُّ، والغزاليُّ.

والثاني: نَعَمْ؛ لأن الوكيلَ هنا سَفيرٌ مَحْضٌ، ولهـٰذا يجبُ تسمية الموكّل، وبه قطع البغويُّ.

ولو قَبِلَ لغيره نكاحاً، فَمُقتضَىٰ الوجهِ الأولِ: الحِنْثُ، ومُقتضىٰ الثاني: المنعُ.

ولو حلفَ: لا يبيعُ ولا يشتري، فتوَكَّلَ لغيره فيهما، حَنِثَ علىٰ الأصحِّ، وهو الذي أطلقَهُ جماعة.

وقيل: لا يحنَثُ.

---

(١) ما بين حاصرتين من (أ).
(٢) في المطبوع: « وكأنه ».
(٣) في المطبوع: « فلو ».
(٤) ما بين حاصرتين من (أ).

وقيل: إن صَرَّحَ بالإضافةِ إلىٰ الموكِّل، لم يَحْنَثْ، وإنْ نواه، ولم يصرِّحْ، حَنِثَ.

ولو قال: لا أكلِّمُ عبداً اشتراهُ زيد، لم يحنَثْ بتكليم عبدٍ، اشتراهُ وكيلُه.

ولو قال: لا أُكلِّمُ امرأةً تزوَّجها زيد، فكلَّم مَنْ تَزوَّجها لزيد وكيلُهُ، ففيه الوجهانِ، فِيما لو حلف: لا يتزوَّجُ، فتزوَّجَ وكيلُه له.

ولو حلف: لا يكلِّمُ زوجة زيد، حَنِثَ بتكليمِ من تزوَّجها بنفسه، أو بوكيله بلا خلاف.

واعلَمْ: أَنَّ كلَّ هـٰذه الصُّور فيمن أطلقَ ولم يَنْوِ؛ فأَمَّا إنْ نوىٰ أَنْ لا يفعلَ، ولا يفعل بإذنه، أو لا يفعل، ولا يأمر به، فيحنث إذا أمر به، ففعل، هـٰكذا أطلقوه مع قولهم: إنَّ اللفظَ حقيقة لِفِعْل نفسِهِ، واستعمالُهُ في المعنىٰ الآخَرِ مَجَاز(١). وفي هـٰذا استعمالُ اللفظِ في الحقيقةِ والمَجاز جميعاً وهو بعيد عند أهلِ الأصولِ، والأَوْلىٰ أَنْ يؤخذَ معنىً مشتَركٌ بين الحقيقة والمجاز(٢)، فيقال: إذا نوىٰ أَنْ لا يسعىٰ في تحقيق ذٰلك الفِعل، حَنِثَ بمباشرتِهِ، وبالأمْرِ بِهِ؛ لشمُولِ المعنىٰ، وإرادةُ هـٰذا المعنىٰ إرادةُ المَجَاز فقط.

قلتُ: هـٰذا الذي ذكره الرافعيُّ(٣) حَسَنٌ، والأولُ صحيحٌ علىٰ مذهبِ الشافعيِّ، وجمهور أصحابِنا المتقدِّمين في جوازِ إرادةِ الحقيقةِ والمجازِ بلفظ واحد. **واللهُ أعلمُ.**

فَرْعٌ: حلفَ: لا يحلقُ رأسَه، فأمر غيرَه، فحَلَقهُ، فقيلَ: يَحْنَثُ؛ للعُرفِ.

وقيل: فيه الخلافُ، كالبيعِ.

ولو حلفَ: لا يبيعُ من زيدٍ، فباع مِنْ وكيله، أو وَكَّلَ مَنْ باع من زيد، لم يَحْنَثْ.

---

(١) المجازُ: ضد الحقيقة، مثال: ﴿وَسْـَٔلِ ٱلْقَرْيَةَ﴾ [يوسف: ٨٢]، و: ﴿لَّهُدِّمَتْ صَوَٰمِعُ وَبِيَعٌ وَصَلَوَٰتٌ﴾ [الحج: ٤٠] فالقرية لا تسأل في الحقيقة، والصلوات لا تهدم، وإنما مجازٌ، أرادَ: أهلَ القرية، ومواضع الصلوات (النظم المستعذب: ٢ / ١٣٩).

(٢) في المطبوع زيادة: « جميعاً »، ليست في الأصول، ولا في (فتح العزيز: ١٢ / ٣٠٩).

(٣) انظر: (فتح العزيز: ١٢ / ٣٠٩).

ولو حلف: لا يبيعُ لزيد مالاً، فباع مالهُ بإذنِهِ، أو بإذنِ الحاكم؛ لحَجْرٍ[١]، أو امتناع[٢]، حَنِثَ. وإنْ باعَ بغير إذنٍ، لم يَحْنَثْ؛ لفسَادِ البيع. فلو وكَّلَ زيدٌ وكيلاً في بيعِ مالِهِ، وأذنَ له في التوكيلِ، فوكَّلَ الوكيلُ الحالِف فباعَ[٣]، وهو لا يعلم، نصّ في « الأم »: أنه لا يحنَثُ، وهو تفريعٌ علىٰ أحدِ القولَين في حِنْثِ الناسي.

وقال المُتَوَلِّي: إن كان أذِنَ لوكيله أَنْ يوكِّل عنه، حَنِثَ؛ لأنه باع لزيد، يعني: إذا علمَ، أو قلنا: يحنثُ [١٢١١ / أ] الناسي، وإن كان أذن له في التوكيلِ عن نفسه، فباع، لم يحنَثْ؛ لأنه لم يبعْ لزيد، بل لوكيلِهِ، وإنْ أطلقَ الإذنَ في التوكيل، فعلىٰ الخلافِ في أَنَّ مَنْ يوكِّلُهُ وكيلُ الموكِّل، أو[٤] وكيلُ الوكيلِ ؟.

ولو قال: لا يبيعُ لي زيدٌ مالاً، فوكَّل الحالفُ رجُلاً في البيع، وأذنَ له في التوكيلِ، فوكَّل الوكيلُ زيداً، فباعَ، حَنِثَ الحالِفُ، سواء علم زيدٌ، أم لم يعلَمْ؛ لأن اليمينَ منعقدةٌ علىٰ نفي فعلِ زيدٍ، وقد فعلَ[٥] زيدٌ باختياره.

المسألةُ الثالثةُ: حلفَ لا يبيعُ، فباع بيعاً فاسِداً، أو لا يَهَبُ، فوهبَ هِبةً فاسدةً، لم يحنَثْ، وتنزلُ ألفاظُ العقود علىٰ الصحيح. هٰذا إذا أطلقَ اليمينَ؛ فإِنْ أضافَ العقدَ إلىٰ مالا يَقْبلُهُ؛ بأنْ حلفَ: لا يبيعُ الخمرَ، أو المستولَدَةَ، أو مالَ زوجته، أو غيرَها بغير إذنٍ، ثم أتىٰ بصورةِ البيع، فإنْ كان[٦] مقصودُهُ أَنْ لا يتلفَّظَ بلفظِ العقدِ مُضافاً إلىٰ ما ذكره، حَنِثَ، وإنْ أَطلقَ، لم يحنَثْ؛ لأن البيعَ هو السببُ المملّك، وذٰلك لا يتصوَّر في الخَمْرِ.

وكذا لو قال: لأَبيعَنَّ الخمر، لايَبَرُّ بصورةِ البيعِ. قال المُزَنيُّ[٧]: يَحْنَثُ بصورة

---

(١) في المطبوع: « بحَجْر »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٢ / ٣١٠).
(٢) في المطبوع زيادة: « الحاكم »، ليست في الأصول، ولا في (فتح العزيز: ١٢ / ٣١٠).
(٣) قوله: « فباع » ساقط من المطبوع.
(٤) في المطبوع: « أم ».
(٥) في المطبوع: « فعله »، والمثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٢ / ٣١٠).
(٦) كلمة: « كان » ساقطة من المطبوع.
(٧) قوله: « وكذا لو قال. . . المزني » ساقط من المطبوع، وبدله: « أو المستولدة، أو مال زوجته، أو غيرها بغير إذنٍ ثم أتىٰ بصورة »، وما في المطبوع إقحامٌ من الطابع. سلف قبل سطرين.

البيع، وهو وجهٌ لغيره، حكاه صاحبُ « التقريب »[١] والصحيحُ : الأولُ، وسيأتي خلافٌ إنْ شاء ٱللهُ تعالىٰ في أنه هل يتعيَّنُ حَمْلُ لفظِ العباداتِ، كصوم، وصلاةٍ علىٰ الصحيح ؟ ولا خلاف أنه لو حلف[٢] : لا يحجُّ، يحنَثُ بالفاسِدِ؛ لأنه منعقد يجب المُضِيُّ فيه، كالصحيحِ.

ولو حلفَ: لا يبيعُ بيعاً فاسداً، لم يحنَثْ بالبيع الفاسد، ذكره الصَّيدلانيُّ والرُّوْيَانِيُّ.

وقال الإمامُ[٣] : الوجه ـ عندنا ـ أنه يَحْنَثُ.

الرابعةُ: إذا حلفَ لا يَهَبُ، حَنِثَ بكلِّ تمليكٍ في الحياةِ خالٍ عن العِوَضِ؛ كالهبةِ، والصدقةِ، والرُّقبَىٰ[٤]، والعُمْرىٰ[٥]؛ لأنها أنواعٌ خاصةٌ مِنَ الهبة.

وقيل : لا يَحْنَثُ بما سوىٰ الهبة.

وقيل : يَحْنَثُ بالرُّقْبَىٰ والعُمْرَىٰ دونَ الصدقةِ، حكاه المُتَوَلِّي، ووجَّهه بأن الهبة والصدقة تختلفان اسماً ومقصوداً وحكماً.

أما الاسمُ؛ فلأنَّ مَنْ تصدَّقَ علىٰ فقير لا يقالُ: وهبَ له.

وأمَّا المقصودُ؛ فلأن الصدقةَ للتقرُّب إلىٰ ٱلله تعالىٰ، والهبةُ لاكتساب المودَّة.

وأما الحُكم؛ فلأنَّ النبيَّ ﷺ كان لا يأْكُلُ الصَّدَقَةَ، ويأكُلُ الهِبَةَ والهَدِيَّةَ[٦].

---

(١) صاحب التقريب: هو أبو الحسن القاسم بن القفَّال الشاشي الكبير.

(٢) في المطبوع زيادة: « أَنْ ».

(٣) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٣٨٨).

(٤) الرُّقْبىٰ: هو أن يقول الرجلُ للرجلِ: قد وهبتُ لك هـٰذه الدار، فإن متَّ قبلي رجعت إليَّ، وإنْ مِتُّ قبلكَ فهي لك، وهي فُعلىٰ من المراقبة؛ لأنَّ كُلَّ واحدٍ منهما يرقبُ موت صاحبه (نهاية الغريب: رقب).

(٥) العُمْرىٰ: يقال: أعمرتُهُ الدار عُمْرىٰ؛ أي: جعلتُها له يسكنها مدةَ عمره، فإذا مات عادت إليَّ (نهاية الغريب: عمر).

(٦) أخرج البخاري (٢٥٧٦)، ومسلم (١٠٧٧) عن أبي هريرة ـ رضي ٱلله عنه ـ قال: كان رسول ٱلله ﷺ إذا أتي بطعام، سأل عنه: أهديَّةٌ أم صدقة ؟ فإنْ قيل: صدقة، قال لأصحابه: كلوا، ولم يأكل، وإن قيل: هدية، ضرب بيده ﷺ فأكل معهم، وانظر: (جامع الأصول: ٤ / ٦٥٩، و١١ / ٦١٣ ـ ٦١٤).



هٰذا في صدَقةِ التطوُّع، أَمَّا إذا أَدَّىٰ الزكاةَ، أو صدقةَ[1] الفِطْر، فلا يَحْنَثُ، كما لو أَدَّىٰ دَيناً.

وعن القَفَّال ترديدُ جوابٍ فيه، والمَذهبُ: الأولُ.

ولا يحنَثُ بالإعارة؛ إذْ لا تمليكَ فيها، ولا بالوصِيَّة؛ لأنها تمليكٌ بعد الموت، والميتُ لا يَحْنَثُ، ولا بالضِّيَافة.

وقال ابْنُ القَطَّان: يحنَثُ بالوصيَّة. وفي الضيافة وجهٌ، حكاه المُتَوَلِّي؛ بناءً علىٰ أَنَّ الضيفَ يملكُ ما يأكلُهُ؟ والصحيحُ: الأولُ في المسألَتين.

ولا يحنَثُ بالوَقْفِ عليه إنْ قلنا: المِلْكُ فيه للواقِفِ، أو للهِ تعالىٰ، وهو المذهبُ، وإن قلنا للموقوف عليه، حَنِثَ. وقيل: فيه خلافٌ.

ولو قال الحالف لرجل: وهبتُكَ كذا، فلم يقبَلْ، لم يحنَثْ علىٰ الصحيح؛ لأن العقدَ لم يتمَّ.

وقال ابْنُ سُرَيْج: يحنَثُ؛ لأنه يقال: وهبه [كذا] [2]، فلم يقبل، وخرّجَ علىٰ هٰذا الخلاف فيما إذا أَعْمَرَ، أو أَرْقَبَ[3]، ولم نصحِّحِ العقدَين.

ولو تَمَّ الإيجابُ والقَبولُ في الهِبة، لٰكن لم تقبَضْ، فوجهان:

أصحُّهما [١٢١١ / ب] عند المُتَوَلِّي: يحنَثُ؛ لأن الهبةَ حَصَلَتْ، والمتخلف الملك.

وعند البغوي[4]: لا يحنَثُ؛ لأن مقصودَ الهبة لم يحصُلْ.

قلتُ: الأصحُّ لا يَحْنَثُ، وصحَّحه آخرونَ غير البغويِّ، منهم الرافعيُّ في « المحرَّر ». **واللهُ أعلمُ.**

فَرْعٌ: حلفَ: لا يتصدَّقُ، فتصدَّقَ فَرْضاً، أو تطوُّعاً[5]،

---

(١) في (ظ، أ): « وصدقة » بدل: « أو صدقة ».
(٢) ما بين حاصرتين من المطبوع.
(٣) في المطبوع: « . . . أَعمره، أو أرقبه ».
(٤) انظر: (التهذيب: ٨ / ١٤٣).
(٥) في المطبوع: « نفلاً »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٢ / ٣١٢).

حَنِثَ[١] ؛ لشُمولِ الاسمِ، وسواءٌ تصدقَ علىٰ فقيرٍ، أو غنيٍّ.

وقال المُتَوَلِّي: لو دفعَ إلىٰ ذمي لا يحنَثُ؛ لأنه لا قُربةَ فيه، وهٰذا ممنوعٌ.

ويحنثُ بالإعتاقِ دون الإعارة والضيافَة، وفي الهبةِ وجهانِ.

أحدهما: يَحْنَثُ بها كَعكسِه.

وأصحُّهما: لا. والصدقةُ والهبةُ تتداخلانِ تداخلَ العُمومِ والخُصوص، فكلُّ صدقةٍ هِبَةٌ، ولا ينعكسُ.

ولو وَقَفَ، فقد أطلقَ المُتولِّي أنه يَحنَثُ.

وقال غيرُه: يبنىٰ علىٰ الأقوال في مِلكِ الوقْفِ، لمن هو ؟ إن قلنا: للواقِف، لم يحنَثْ. وإن قلنا: لله تعالىٰ، حَنِثَ، وإنْ قلنا: للموقوفِ عليه، فوجهانِ، كالهبةِ.

فَرْعٌ: حلفَ: لا يَبَرُّ فلاناً، دخلَ في اليمين جميعُ التبرعاتِ من الهبةِ، والهديَّة، والإعارة، والضيافة، والوقفِ، وصدقةِ التَطوعِ، فيحنَثُ بأَيها وجدَ.

ولو كان المحلوفُ عليه عبدَه، فأعتقَه، حَنِثَ، وكذا لو كان عليه دَين، فأبرأَه، ولا يحنَثُ بأَنْ يدفَع إليه الزكاةَ.

ولو حلف: لا يَعْتِقُ عبداً، فكاتَبَهُ، وعَتَقَ بالأداءِ، لم يحنَثْ، ذكره ابْنُ القَطَّانِ.

ولو حلف: لا يضمنُ لفلانٍ مالاً، فكفلَ بدنَ مديونه، لم يحنَثْ.

الخامسةُ: حلفَ: لا مالَ له، حَنِثَ بكلِّ مال له[٢] حتَّىٰ ثياب بدَنه، وداره التي يسكنها[٣]، وعبده الذي يخدمُهُ، ولا يختصُّ بنوع من المالِ إلاَّ أَنْ ينويَهُ.

ولو كان له دَيْنٌ حالٌّ علىٰ مَليءٍ مُقِرٍّ، حَنِثَ، كالوديعةِ.

قال المُتَوَلِّي: وخُرِّجَ فيه وجهٌ من قولِهِ القديم: لا زكاة في الدَّين، والمذهبُ: الأولُ.

---

(١) في المطبوع: « يحنث »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٢ / ٣١٢).

(٢) كلمة: « له » لم ترد في (أ)، ولا في المطبوع.

(٣) في المطبوع: « يسكن فيها » بدل: « يسكنها ».

وإنْ كان مؤجَّلاً، أو علىٰ مُعسِر، أو جاحِدٍ، حَنِثَ علىٰ الأصحِّ؛ لأنه ثابتٌ في الذمَّة، يصحُّ الإبراءُ منه.

وقيل في الجاحِدِ وجهٌ ثالث: إنْ كان له بـيِّنة، حَنِثَ[1]، وإلاَّ، فلا.

ولو كان له عبدٌ آبقٌ، أو مالٌ ضالٌّ[2]، أو مغصوبٌ، أو مسروقٌ، وانقطعَ خَبَرُها، ففي الحِنْثِ وجهان؛ لتعارُض أصلِ بقائِها، وعدم الحِنْث.

ولو كان الغاصِب حاضراً، والمالكُ قادِر علىٰ الانتزاعِ منه، أو علىٰ بيعه ممَّنْ يَقْدِرُ علىٰ انتزاعه، حَنِثَ قطعاً، ذكره المُتَوَلِّي.

ولو كان له مُدَبَّرٌ، أو مُعَلَّقٌ عِتْقُهُ بِصفَةٍ، أو مالٌ أوْصَىٰ به[3]، حَنِثَ؛ لأنها باقيةٌ علىٰ مِلْكه، ولا يحنَثُ بالمكاتَب علىٰ الأصحِّ. ويقال: الأظهر، وقيل: قطعاً، ويحنَثُ بأمِّ الولَدِ علىٰ الأصحِّ؛ لأنَّ رَقَبتها له، وله منافِعها، وأَرْشُ الجناية عليها.

ولو كان يملكُ منفعةً بوصيَّةٍ، أو إجارة، لم يحنَثْ علىٰ الصحيح.

ولا يحنَثُ بالموقوف إنْ قلنا: المِلك فيه لله تعالىٰ، أو للواقف، وإن قلنا: له، فكالمُستولَدَة.

ولو كان قد جُنِيَ عليه خطأ أو عمداً، وعَفَا[4] علىٰ مال، حَنِثَ.

وإنْ كانتِ الجنايةُ عمداً، ولم يقتصَّ، ولم يَعْفُ، قال في « البيان »[5]: يحتملُ أَنْ يبنىٰ علىٰ أَنَّ موجَبَ العمد ماذا؟ إنْ قلنا: القَوَد، لم يَحْنَثْ، وإن قلنا: القَوَد، أو المال، حَنِثَ، وقد يتوقَّفُ [١٢١٢ / أ] في هٰذا.

قلتُ: الصوابُ الجَزْمُ بأَنْ لا حِنْثَ. **واللهُ أعلمُ**.

وكونُ المال مرهوناً لا يمنعُ الحِنْثَ، وكذا عدمُ استقرارِ المِلْك. وقال ابْنُ القطَّان: لا يحنَثُ بالأُجرة المقبوضة إذا لم تُـنْقَضِ المدةُ، وغلَّطه ابْنُ كجٍّ.

---

(١) في المطبوع زيادة: « قطعاً »، لم ترد في الأصول، ولا في (فتح العزيز: ١٢ / ٣١٣).

(٢) في المطبوع: « ضالَّة »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٢ / ٣١٣).

(٣) في المطبوع: « أو وصَّىٰ به »، خطأ. انظر: (فتح العزيز: ١٢ / ٣١٣).

(٤) في (أ)، والمطبوع: « أو عفا ».

(٥) انظر: (البيان: ١٠ / ٥٦٥).

فَرْعٌ: حَلَفَ: لا مِلْكَ له، حَنِثَ بالآبِق، والمغصوبِ، وإنْ كان له زوجةٌ، قال المتولِّي: يبنىٰ علىٰ أَنَّ النكاحَ: هل هو عقدُ تمليكٍ، أو عقدُ حِلٍّ؟ فإن قلنا: تمليك، حَنِثَ.

قلتُ: المختارُ أنه لا يَحْنَثُ[١] إذا لم تكن نِيَّةٌ؛ لأنه لا يفهمُ منه الزوجة. وينبغي أَنْ لا يحنَثَ بالكَلْب، والسِّرْجينِ[٢]، وغيرِهما من النَّجاسات، ولا بالزيتِ النجس إذا لم نجوِّز[٣] بيعَه.

ولو حلفَ: لا رقيق له، أو لا عبدَ [له][٤]، أو لا أمةَ [له][٥]، ولهُ مكاتَبٌ، لم يَحْنَثْ علىٰ المنصوصِ، وهو المذهبُ، ويحنَثُ بمدَبَّرٍ قطعاً. **واللهُ أعلمُ**.

النوع[٦] الرابعُ: في الإضافاتِ والصِّفاتِ، وفيه مسائلُ:

إحداها: حلفَ: لا يدخلُ دارَ زيد، أو بيتَه، أو لا يلبَسُ ثوبَهُ، أو لا يركَبُ دابتهُ، قال الأصحابُ: مُطلقُ الإضافةِ إلىٰ من يملك يَقتضي[٧] ثُبوتَ الملكِ؛ ولهـٰذا: لو قال: هـٰذه الدارُ لزيد، كان إقراراً بملكه، ولو قال: أردتُ أنها مسكنُهُ، لا يُقْبَلُ.

وقد تضافُ الدارُ والبيتُ إلىٰ الإنسانِ بجهةِ أنها مسكنُهُ؛ لـٰكنَّه مَجاز، ولهـٰذا يصحُّ نفيُ الإضافةِ مع إثبات السُّكنىٰ، فيقال: هـٰذه الدارُ ليست ملكَ زيد، لـٰكنَّها مسكَنُهُ. إذا عرف هـٰذا فلا يحنَثُ الحالِف بدخول دارٍ يسكنها زيدٌ بإجارةٍ، أو إعارة، أو غَصبٍ، إلَّا أَنْ يقول: أردتُ المسكنَ، ويحنَثُ بدخول دارٍ يملِكُها وإنْ لم يسكُنْها، إلاّ أَنْ يقول: أردتُ مسكَنَهُ.

---

(١) في المطبوع: « لا حنث ».
(٢) **السِّرْجين**: الزِّبل (المصباح: س ر ج).
(٣) في المطبوع: « نجز ».
(٤) ما بين حاصرتين من المطبوع.
(٥) ما بين حاصرتين من المطبوع.
(٦) كلمة: « النوع » ساقطة من المطبوع.
(٧) في المطبوع: « مقتضىٰ ».

ولو حلفَ: لا يدخلُ مَسْكَن فلان، حَنِثَ بدخول مَسْكَنِه المملوكِ والمستأجَر، والمستعار[١]. وفي المغصوب وجهان؛ لأنه لا يملك سُكناهُ.

قلتُ: أصحُّهما: الحِنْثُ. **واللهُ أعلمُ**.

وفي دخولِ داره التي لا يسكنُها أوجُهٌ:

أصحُّها[٢]: لا يحنَثُ.

والثالث: إن كانَ سَكَنهُ [٣]، ولو يوماً، حَنِثَ، وإلَّا، فلا، ولو أراد مسكنَهُ المملوكَ، لم يحنث بغيره بِحَالٍ.

فَرْعٌ: حلفَ: لا يدخلُ دار زيد، وقد وقفَ زيدٌ علىٰ غيره داراً، قال المُتَوَلِّي: إنْ قلنا: الوقفُ مِلكُ الواقِفِ[٤]، حَنِثَ بدخولها، وإلَّا، فلا.

وإنْ دخلَ داراً موقوفةً علىٰ زيد، فإن قلنا: الوقفُ ملكٌ للموقوفِ عليه، حَنِثَ وإلَّا، فلا.

ولو دخلَ داراً لمكاتَبِ زيدٍ، لم يَحْنَثْ.

فَرْعٌ: حلفَ: لا يدخلُ دار المكاتَبِ، حَنِثَ بدخولها علىٰ الصحيح؛ لأنه مالكٌ نافذُ التصرُّفِ.

المسألةُ الثانيةُ: حلفَ: لا يدخلُ دار زيد، فباعَها زيدٌ، ثم دخلَها، لم يَحْنَثْ؛ لأنه لم يدخُلْ دار زيد، وكذا لو قال: لا أكلِّمُ عبدَ فلان، أو أجيرَهُ، أو زوجَتَهُ، فكلَّم بعد زوال مِلْكه عن العبد، وانقطاعِ الإجارة، والنكاح.

أو قال: لا أكلِّم سيدَ هـٰذا العبدِ، أو زوجَ هـٰذه المرأة، فكلَّم بعدَ زوالِ الملكِ والنكاحِ، لم يحنَثْ. فلو اشترىٰ زيدٌ بعد ما باعها داراً أُخرىٰ، قال الصيدلاني: إنْ قال: أردتُ الأُولىٰ بعَينها، لم يحنَثْ بدخول الثانية، وإنْ قال: أردتُ أَيَّ دارٍ تكون في مِلكه، حَنِثَ بالثانية دون الأُولىٰ، وإن قال: أردتُ أَيَّ دارٍ جرىٰ [١٢١٢ / ب]

---

(١) قوله: « والمستعار » ساقط من المطبوع.

(٢) في المطبوع: « أصحهما ».

(٣) في (ظ، س، أ): « يسكنه »، المثبت من المطبوع.

(٤) في المطبوع: « للواقف ».

عليها مِلْكُهُ، حَنِثَ بأيتهما[1] دَخَلَ. هٰذا كله إذا قال: دار زيد، ولم يعيِّنْ، فأَمَّا إذا قال: لا أدخلُ دار زيدٍ هٰذه، فباعَها [زيد]، ثم دخلها، فيحنَثُ علىٰ الصحيح؛ لأنه عقدَ اليمينَ علىٰ عَين تلك الدارِ، ووصفَها بإضافةٍ قد تزولُ، فغلبَ التعيينُ، كما لو قال: لا أكلِّم زوجة زيدٍ هٰذه، أو عبدَه هٰذا، فكلَّمهما بعد الطلاقِ والعتق، يَحْنَثُ.

ولو[2] قال: لا آكلُ لحمَ هٰذه البقرةِ، وأشارَ إلىٰ شاةٍ؛ فإنه يحنَثُ بأكل لحمِها، ولا يجيء فيه[3] الخلاف فيما لو قال: بعتُكَ هٰذه البقرةَ، وهي شاةٌ؛ لأنَّ العقَود يُراعىٰ فيها شروطٌ وتعبداتٌ لا يعتبر مثلُها في الأيمان.

ولو حلف: لا يكلِّم زيداً هٰذا، فبدَّلَ اسمَهُ، واشتهرَ بالاسمِ المُبدلِ، ثم كلَّمه، حَنِثَ اعتباراً بالتعيين.

الثالثةُ: حَلَفَ: لا يدخُل هٰذه الدارَ من هٰذا الباب، فدخلَها من موضِعٍ آخر عتيقٍ، أو مُحْدَثٍ، وذٰلك البابُ بحاله، لم يَحْنَثْ، فلو قلعَ الباب، وحوّلَ إلىٰ منفذٍ آخَرَ من تلك الدار، فثلاثةُ أوجُه:

أصحُّها: تحملُ اليمينُ علىٰ المَنفذِ الأولِ؛ لأنه المحتاجُ إليه في الدخول، فإنْ دخلَ منه، حَنِثَ، وإنْ دخلَ من المنفذِ المحوَّل إليه، لم يَحْنَثْ.

والثاني: يحملُ علىٰ الباب المتَّخذ من الخشَب ونحوِه؛ لأن اللفظَ له حَقيقة، فيحنثُ بدخول المنفذِ المُحوَّل إليه دون الأَولِ.

والثالث: يحملُ عليهما؛ لأن الإشارةَ وقعت إليهما، فلا يحنَثُ بدخولِ منفذٍ آخَرَ، وإنْ نصبَ عليه ذٰلك الباب، ولا بدُخول المنفذِ الأولِ، هٰذا إذا أطلقَ. فإنْ قال: أردْتُ بعضَ هٰذه المحامِلِ، حُمِلَ عليه، وارتفعَ الخلافُ.

ولو قلع الباب، ولم يحوّلْ إلىٰ موضعٍ آخَرَ، حَنِثَ بدُخول ذٰلك المنفذِ علىٰ الأصحِّ، ويعبّرُ عن الخلاف؛ بأنَّ الاعتبارَ بالمنفذِ[4]، أم بالبابِ المنصوبِ عليه ؟

---

(١) في المطبوع: « بأيتها ».
(٢) في (أ): « وكما لو ».
(٣) في المطبوع: « فيها ».
(٤) في (ظ): « بالمقدم ».

قال المُتَوَلِّي؛ بناءً عليه: لو قال: لا أدخلُ هٰذا البابَ، وقلنا: تنعقدُ اليمينُ علىٰ البابِ المنصوبِ. فنقله[١] إلىٰ دار أخرىٰ، فدخلَها منه، حَنِثَ، والمذهبُ أنه لا يَحْنَثُ إلاَّ أَنْ يريدَ: لا أدخلُ منه حيثُ نُصِبَ.

ولو قال: لا أدخلُ باب هٰذه الدار، أو: لا[٢] أدخلُ هٰذه الدارَ من بابها، فَفُتِح بابٌ جديد، فدخلها منه، حَنِثَ علىٰ الأصحِّ.

ولو قال: لا أدخلُها من بابها، فتسلَّقَ ونزلَ من السطح، لم يَحْنَثْ.

الرابعةُ: حلفَ: لا يركبُ دابةَ عبدِ زيدٍ، ولا يدخلُ داره، لا يَحْنَثُ بالدابةِ والدارِ المجعولَين باسم العبد، إلاَّ أَنْ يريدَهُ[٣]؛ فإِنْ ملَّكَهُ السيدُ دابة أو داراً، بُني علىٰ أنه هل يملكُ؟ إِنْ قلنا: نَعَمْ، حَنِثَ، وإلاَّ، فلا. هٰذا هو الصحيح، وقولُ الجمهور.

وقال ابْنُ كَجٍّ: لا يَحْنَثُ، وإنْ قلنا: إنه[٤] يملك؛ لأنَّ ملكَه ناقص، والسيد متمكِّن من إزالته، فكأنَّه بينه وبينه، وصارَ كمَنْ حلفَ لا يركبُ دابةَ زيدٍ فركبَ[٥] مشتركةً بينه وبين غيره.

ولو حلفَ: لا يركبُ دابةَ زيدٍ، فركبَ دابةَ ملَّكها زيدٌ لعبده؛ إن قلنا: لم يملك، لم يَحْنَثْ، وإلاَّ، فيحنَثُ.

ولو حلفَ: لا يركبُ دابةَ العبدِ، فَعَتَقَ، وركب دابةً يملكُها، فقطع الغزاليُّ بالحِنْثِ، وابْنُ كَجٍّ بالمنع إذا لم يكن له بينةٌ؛ لأنه إنما يركبُ دابة حُرٍّ. وينبغي أَنْ يقالَ: إِنْ قال: لا أركبُ دابةَ [١٢١٣ / أ] هٰذا، حَنِثَ، وإنْ قال: دابةَ عبدٍ، فلا، وإن قال: دابةَ هٰذا العبدِ، فليكن علىٰ خلافٍ، يأتي إِنْ شاء ٱلله فيما لو حلفَ: لا يكلِّم هٰذا العبدَ، فَعَتَقَ، ثم كلمه.

ولو قال: لا أركبُ سَرْجَ هٰذه الدابةِ، فركبَ السَّرْجَ المعروف بها، حَنِثَ، وإنْ

---

(١) في المطبوع: « فنقل ».
(٢) في المطبوع: « ولا » بدل: « أَو لا ».
(٣) في المطبوع: « يريد »، خطأ.
(٤) كلمة: « إنه » ليست في المطبوع.
(٥) في المطبوع: « وركب ».

كان علىٰ دابّة أخرىٰ. ويقرُبُ من هـٰذا ما إذا حلف [علىٰ] دارٍ، أو خانٍ منسوب، فيحملُ علىٰ التعريف، كخانِ أبي يَعْلىٰ عندنا، وكدارِ العَقِيقيِّ بدمشْقَ.

الخامسةُ[1]: حلفَ: لا ألبس ثوباً مَنَّ به فلانٌ عليَّ، أو ما مَنَّ به عليَّ، فلبس ثوباً وهبَهُ له، أو أوصىٰ له به، حَنِثَ. ولو لبسَ ما باعه إيَّاه بمحاباة، لم يَحْنَثْ؛ لأن المِنَّةَ في نَقْصِ الثمنِ، لا بالثوب. وكذا لو باعه ثوباً، ثم أبرأه مِنْ ثمنه، فلبسَه، أو أبدلَ الموهوب، أو الموصىٰ به بغيره، أو باعَه واشترىٰ بثمنه ثوباً فلبسَهُ، لم يَحْنَثْ؛ لأنَّ الأيمانَ تُبنىٰ علىٰ الألفاظ، لا علىٰ القصودِ التي لا يحتملها اللفظُ، ولهـٰذا: لو مَنَّ عليه رجلٌ، فحلف: لا يشربُ له ماءً من عطش، فشربَه من غير عطشٍ، أو أكلَ له طعاماً، أو لبس له ثوباً، لا يحنَثُ؛ لأن اللفظَ لا يحتَملُهُ، وإنْ كان يُقْصَدُ في مثل هـٰذا الموضع[2] الامتناع عَنْ[3] جميع هـٰذا.

السادسةُ: حلفَ: لا يلبَسُ من غَزْلِ فلانةٍ، أو ثوباً من غَزْلها، فلبِس ثوباً خِيْطَ بغزلها، لم يَحْنَثْ. وإنْ لبس ثوباً سَدَاهُ من غَزْلها، واللُّحْمَةُ من غيره[4]، فإنْ كان قال: لا ألبَسُ ثوباً مِنْ غزلها، لم يَحْنَثْ. وإن قال: لا ألبَسُ من غزلها، حَنِثَ، بخلاف الخَيْطِ؛ فإنه لا يوصَفُ بأنه ملبوسٌ.

فَرْعٌ: يُراعىٰ مُقتضىٰ اللفظِ في هاتَين المسألتَين، ونظائرهما في تناوُلِ الماضي والمستقبل، أو أحدِهما، فإذا قال: لا ألبَسُ ما مَنَّ به عَلَيَّ، فإنَّما يَحْنَثُ بلبس ما تقدمت المنة [به][5] بالهبةِ، وغيرِها، ولا يحنَثُ بما يمنُّ به فيما بعدُ.

وإذا قال: لا ألبَسُ ما غزلَتْهُ فلانةٌ، فإنما يحنَثُ بما غَزَلَتْهُ من قبلُ دونَ ما تَغْزِلُهُ فيما بَعْدُ.

ولو قال: لا ألبَس ما يمنُّ به، أو ما تغزِلُهُ، يحنث[6] بما تَحدُثُ المِنَّةُ به، وغزله، دون ما سبق.

ولو قال: لا ألبَسُ مِنْ غزلها، دخلَ فيه الماضي والمستقبل.

---

(١) في المطبوع: « المسألة الخامسة ».
(٢) في المطبوع: « الوضع ».
(٣) في المطبوع: « من ».
(٤) السَّدىٰ: وزان الحصىٰ: من الثوب خلاف اللُّحْمة، وهو: ما يمدُّ طولاً في النسج، والسَّداةُ: أخصُّ منه. واللَّحمة، بالفتح: ما ينسج عَرْضاً (المصباح ص: ٢٢٤، ٤٤٩).
(٥) ما بين حاصرتين من المطبوع.
(٦) في المطبوع: « حنث ».

السَّابعةُ: حلفَ: لا يلبَسُ ثوباً، حَنِثَ بلبس القَميصِ، والرِّداءِ، والسَّراويلِ، والجُبَّةِ، والقَبَاءِ، ونحوِها، سواء[1] المَخيطُ وغيرُه، والقطنُ والكَتّان، والصوفُ والإِبْرَيْسَمُ، وسواء لبسَهُ على الهَيئة المعتادةِ، أو بخلافها؛ بأَنِ ارتدىٰ، أو اتَّزَرَ بالقميصِ، أو تَعَمَّمَ بالسراويلِ، ولا يحنَثُ بلبس الجلُود وما يتخذُ منها، ولا بلبسِ الحُلِّيِّ، والقَلَنْسُوَةِ، ولا بوضع الثوبِ علىٰ الرأس، ولا بأَنْ يَفْرُشَهَ ويرقُدَ عليه.

ولو تدثَّر به، لمْ يحنَثْ علىٰ الأصحِّ؛ لأنه لا يُسمَّىٰ لُبْساً.

ولو قال: لا ألبَسُ حُلِيّاً، حَنِثَ بالسِّوَارِ، والخَلْخَالِ[2] والطَّوقِ، والدُّمْلُجِ[3]، وخاتَم الذهــبِ والفضَّة، ولا يحنَثُ بالمتخذِ من شَبَهٍ[4] أو حَديد، ويحنَثُ بِمِخْنَـقَةِ[5] اللُّؤلؤِ، والجواهرِ وإنْ لم يكن فيها ذَهَبٌ، ولا يحنثُ بتقلّد السيف المُحلَّىٰ.

وفي المِنْطَقَةِ[6] المُحَلاَّة وجهانِ.

أصحُّهما: أنها من حُلِيِّ الرجُلِ.

ويَحْنَثُ بلُبْس الخَرَزِ والسَّبَجِ[7] إن كان الحالِف [١٢١٣ / ب] من قومٍ يعتادون التحلِّي بهما، كأهلِ السَّوَادِ[8]. وفي غيرهم وجهانِ، كما لو حلف غيرُ البدَوي: لا يدخلُ بيتاً، فدَخل بيتَ شَعْرٍ.

---

(١) في المطبوع: « وسواء »، وكلمة: « سواء » ليست في (أ).

(٢) الخَلْخال: حِلية كالسِّوار، تلبسها النساء في أرجلهن (المعجم الوسيط: ١ / ٢٥٧).

(٣) الدُّمْلُج: سوارٌ يحيط بالعَضُد (المعجم الوسيط: ١ / ٣٠٧).

(٤) الشَّبه بفتحتين: من المعادن ما يشبه الذهبَ في لونه، وهو أرفع الصُّفْرِ (المصباح: ش ب هـ). وجاء في « المعجم الوسيط »: « الشَّبَه: النحاسُ الأصفر ».

(٥) المِخْنقة بكسر الميم: القِلادة، سميت بذلك؛ لأنها تطيفُ بالعنق، وهو موضِعُ الخَنْقِ (المصباح: خ ن ق).

(٦) المِنْطقة: ما يشَدُّ به الوسط، وهو حزام من جلد أو نحوه علىٰ هيئة (الكَمَر) إلاَّ أنها ليست فيها موضع للنقود.

(٧) السَّبَجُ: خَرَزٌ أسود، يلبس في العراق كثيراً، الواحدة: سَبَجَة، مثل: قَصَب وقَصَبة. انظر: (النظم المستعذب: ٢ / ١٣٦)، و(تهذيب الأسماء واللغات: ٣ / ٢٥٠)، و(المصباح: س ب ج).

(٨) السَّواد: أي: سواد العراق، وسواد العراقِ: قراها ومزارعها. انظر: (تهذيب الأسماء واللغات: ٣ / ٢٨١ ـ ٢٨٢).

ولو حلف: لا يلبسُ شيئاً، حَنِثَ بلُبس الثياب، والحُلِيِّ، والقَلَنْسُوَةِ[١]، والجلود.

وفي الدِّرْعِ[٢]، والخُفِّ، والنَّعْلِ، والجَوْشَنِ[٣] وجهان.

أصحهما: يحنَثُ، وقد يطردُ الخلافُ في الحُلِيِّ والقَلَنْسُوَةَ.

ولو قال: لا ألبسُ قميصاً، فارتدىٰ، أو اتَّزر بقميصٍ، حَنِثَ علىٰ الأصحِّ. ولو فَتَقَهُ وقطعه وارتدىٰ، أو اتَّزَرَ به، لم يَحْنَثْ؛ لفَواتِ اسمِ القميصِ.

ولو قال: لا ألبسُ هٰذا القميصَ، فارْتدىٰ [به][٤] أو اتَّزر، أو قال: لا ألبَسُ هٰذا الرداءَ، فاتَّزرَ به، أو تَعَمَّمَ، حَنِثَ علىٰ الصحيح؛ لتعلُّق اليمين بعَين القميص.

ولو قال: لا ألبسُ هٰذا الثوب، وكان المحلوفُ عليه قميصاً، أو رِداءً، ففتَقَهُ واتخذَ منه نوعاً آخَرَ؛ بأنْ جعلَ القميصَ رِداء، أو الرداء جُبَّةً أَو تِكَكاً[٥]، أو الخُفَّ نعلاً، ثم لبس المُتَّخَذَ، حَنِثَ علىٰ الأصحِّ، إلَّا أَنْ ينويَ لا يلبسُهُ ما دام علىٰ تلك الهيئةِ. فلو لم يذكُرِ الثوبَ؛ بل قال: لا ألبسُ هٰذا القميصَ، أو هٰذا الرِّداءَ، ففتَقَهُ، واتخذَ منه نوعاً آخَرَ ولبسَهُ، ففيه الوجهانِ، لٰكن الأصحّ هنا: لا يَحْنَثُ، كما سيأتي في نظائرِهِ، إنْ شاءَ ٱللهُ تعالىٰ. فإنْ قلنا: لا يَحْنَثُ، فأعادَ الهيئةَ الأُولىٰ، ففي الحِنثِ الوجهانِ في الدار تُعادُ بعد الانهدامِ بذٰلك النُّقْضِ[٦].

ولو كان قال في يمينه: لا ألبسُ هٰذا القميصَ، أو الثوبَ قميصاً، أو هٰذا

---

(١) **القَلنسوة**: لباسُ الرأسِ مختلف الأنواع والأشكال (المعجم الوسيط: ٢ / ٧٨٤)، قال المصنف في (تهذيب الأسماء واللغات: ٣ / ٥٢٢): « القَلَنْسوة، النون فيها زائدة، وفيها لغتان. قال الجوهري: هي القَلَنْسوة والقُلَنْسِية، إذا فتحت القافَ ضممت السين، وإذا ضممتَ القاف كسرتَ السين، وقلبت الواو ياءً، فإذا جمعتَ أو صغَّرت فأنت بالخيار في حذفِ الواوِ، أو النون؛ لأنهما زائدتان. . . »، وانظر: (النظم المستعذب: ٢ / ١٣٦)، و(مغني المحتاج: ٤ / ٤٣٢).

(٢) **الدِّرع**: الزَّرديَّة، وهي قميص من حلقاتٍ من الحديد متشابكة يلبس وقاية من السلاح، يذكَّر ويؤنث (المعجم الوسيط: ١ / ٢٩٠).

(٣) **الجَوْشَن**: بفتح الجيم والشين المعجمة: الدرع القصيرة علىٰ قَدْرِ الصدر. انظر: (النظم المستعذب: ٢ / ١٣٦)، و(مغني المحتاج: ٤ / ٣٤٣).

(٤) ما بين حاصرتين من المطبوع.

(٥) **تِككاً**: جمع تِكَّة، مثل سِدْرة وسِدَر: رباطُ السراويل.

(٦) في المطبوع: « النقص »، تصحيف.

الثوبَ، أو الرِّداءَ رِداءً، فإنْ تَقمَّصَ بالقَميصِ، أو ارتدىٰ بالرداءِ، حَنِثَ، وإنِ اتَّزرَ بالقميصِ أو تعمَّمَ بالرداء، لم يَحْنَثْ. وكذا لو اتخَذَ من القميص غيرَ قميصٍ، ومن الرداءِ غيرَ رداءٍ، ثم لبسَهما.

ولو قال: لا ألبسُهُ وهو قميصٌ، فارتدىٰ به، أو تعمَّمَ، أو اتَّزرَ، حَنِثَ؛ لأنه لبسَ، وهو قميصٌ، وإن اتخذَ منه غيرَ القميصِ ولبسَهُ، لم يَحْنَثْ.

فَرْعٌ: الوجهانِ فيمن قال: لا ألبَس هـٰذا القميصَ، فاتخذَ منه غيرَهُ ولبسه، يجريان في صُوَرٍ.

منها: لو أشارَ إلىٰ صُبْرَةِ حِنْطَةٍ، وقال. لا آكلُ هـٰذه، حَنِثَ بأكلها علىٰ هيئتها، وبأكلِها بعد الطحْنِ والعَجْنِ، والخبز، والطّبخ.

ولو قال: لا آكلُ حنطةً، لم يحنَثْ بالخُبز، والعجين والدقيق، والسَّوِيق، ويحنثُ بأكلِ الحنطةِ نِيئةً، ومَقْلِيَّةً، ومطبوخةً، ومبلولةً.

ولو قال: لا آكلُ هـٰذه الحنطةَ، حَنِثَ بأكلِها نِيئةً فقط[1]، ومطبوخةً، وهل يحنَثُ بأكلِ دقيقِها وسَوِيقها وعجينها وخُبزها ؟ وجهانِ.

أصحهما: لا[2]، وبه قطعَ بعضُهم؛ لزوال اسم الحنطةِ، فصارَ كما لو زرَعها، وأكلَ حشيشَها. أو قال: لا آكلُ هذَا البيضَ، فصار فَرْخاً فأكلَه.

ولو قال: لا آكلُ من هـٰذه الحنطة، فكذٰلك الحكمُ، [إلا][3] أَنَّ هنا يحنَثُ بأكلِ بعضِها.

وحكي وجهٌ: أنه إذا قال: مِنْ هـٰذه الحنطةِ، حَنِثَ بأكلِ كُلِّ ما يتخذُ منها.

ولو قال: لا آكلُ هـٰذا الدقيقَ، فأكل عجينَه، أو خبزَهُ، أو هـٰذا العجينَ، فأكلَ خبزَه، فعلىٰ الخلافِ.

ومنها: لو قال: لا آكلُ هـٰذا الحيوانَ، فذبحَه وأكلَه، حَنِثَ؛ لأنَّ الحيوان هـٰكذا يؤكَلُ، وهو كما لو حلفَ: لا يلبَسُ هـٰذا الغَزْلَ، فلبس ثوباً نُسِجَ منه، حَنِثَ.

---

(١) كلمة: « فقط » ليست في (أ)، ولا في (فتح العزيز: ٢ / ٣٢٣).
(٢) في (ظ): « الأول » بدل: « لا ».
(٣) كلمة: « إلَّا » ساقطة من (ظ).

ولو قال: لا آكلُ لحمَ هـٰذه السَّخْلَةِ[1]، أو الخَرُوفِ[2]، فصار كَبْشاً[3]، فذبحَه، وأكلَه، فَمَنْ قال في مسألة [١٢١٤ / أ] الحنطةِ: يَحْنَثُ، قال هنا: يحنَثُ، ومن قال هناك: لا يحنَثُ، قال هنا: وجهانِ.

أصحُّهما: لا يحنَثُ، ويجري الوجهانِ فيما لو قال: لا أكلِّم هـٰذا الصبيَّ، فكلمه بعد مصيرِه شابّاً، أو هـٰذا الشابَّ، فكلَّمه بعد مصيرِه شَيخاً.

ومنها: لو قال: لا أكلِّم هـٰذا، وأشار إلىٰ عبدٍ، فَعَتَقَ، ثم كلَّمه، حَنِثَ.

ولو قال: لا أكلِّم هـٰذا العبدَ، فَعَتَقَ، فهو كمسألة السَّخْلة.

ومنها: لو قال: لا آكلُ هـٰذا الرُّطَبَ، فصار تَمْراً، أو هـٰذا البُسْرَ فصار رُطَباً، أو العنبَ فصار زبيباً، أو لا أشربُ هـٰذا العصيرَ، فصار خَمْراً، أو هـٰذا الخَمْرَ، فصار خَلّاً، أو لا آكلُ هـٰذا التمرَ، فاتخذَ منه عَصِيدَةً، ثم أكلَ، أو شربَ، ففيه هـٰذا الخلافُ، وذكر الصَّيدلانيُّ أَنَّ الشافعيَّ رَحِمَهُ اللَّهُ نَصَّ علىٰ عدم الحِنثِ في مسألة الحِنطة والتمر، وعلىٰ الحِنْثِ في الصبيِّ والسَّخْلَةِ. فقيل: قولان، وقيلَ: بتقرير النَّصَّين. والفرقُ من وجهَين.

أحدهما: أَنَّ في[4] مسأَلة الحِنطةِ والتمرِ تبدَّلَ الاسمُ، وفي السَّخْلَة والصبيِّ تبدَّلتِ[5] الصفةُ، وتبدُّلُ الصفةِ لا يسقطُ الحِنْثَ.

والثاني: أن التبدُّلَ في الأول بمعالجة، بخلافِ الثاني.

فَرْعٌ: حلفَ: لا يلبَسُ الخاتَم، فجعلَه في غير الخِنْصر من أصابعه، فعن المُزَنِيِّ في « الجامع »[6]: أنه لا يَحنَثُ، وتابَعَهُ البغويُّ[7]، وقاسَه علىٰ ما لو حلفَ:

---

(١) **السَّخلة**: تطلق علىٰ الذكر والأنثىٰ من أولاد الضأن والمَعْزِ ساعة تولد (المصباح: س خ ل).

(٢) **الخروف**: الحَمَل؛ سمي بذلك لأنه يَخْرِفُ من هاهنا ومن هاهنا؛ أي: يرتع ويأكل (المصباح: خ ر ف). وقال الركبي في (النظم المستعذب: ٢ / ١٣٣): « الحَمَل: ولد النعجة الصغير، فإذا كبر فهو كَبْشٌ ».

(٣) **كبشاً**: الكبْشُ: فَحْلُ الضأن، وانظر التعليق السابق.

(٤) كلمة: « في » ساقطة من المطبوع.

(٥) في المطبوع: « تبدَّل ».

(٦) هو الجامع الكبير. انظر: (فتح العزيز: ١٢ / ٦٠)، و(تهذيب الأسماء واللغات: ١ / ١٧٢).

(٧) انظر: (التهذيب: ٨ / ١٢٣).

لا يلبسُ القَلَنْسُوَةَ، فجعلها في رِجْلِه، والذي حكاه الرُّوْيانِيُّ عن الأصحاب: أنه يحنَثُ.

الثامنةُ: حَلَفَ: لا يخرجُ فلانٌ إلاَّ بإذنِهِ، فأذِنَ بحيثُ لم يَسْمعِ[1] المأذونُ له، ولم يعلَمْ، وخرجَ، فطريقان.

المذهبُ، والمنصوصُ، والذي قطع به الجمهورُ: لا يحنَثُ؛ لأنَّ الإذنَ والرِضا قد حَصَلَ.

وقيل: وجهانِ.

وقيل: قولانِ؛ منصوصٌ ومُخَرَّجٌ: أنه يحنَثُ، وهو مُخَرَّجٌ من مسألة عَزْلِ الوكيل. وعلىٰ هـٰذا الخلاف: ما إذا[2] قال لزوجته: إن خرجتِ بغير إذني، فأنتِ طالق، فأذنَ، فخرجت[3] وهي جاهلةٌ بالإذْنِ.

وينبغي أن يشهدَ علىٰ الإذن ليثبتَهُ عند التنازع. فإن لم تكن بَـيِّنة، فهي المصدَّقة بيمينها في إنكارِ الإذنِ. وفي «كتاب ابْنِ كَجٍّ» أَنَّ الزوجَ هو المصدَّق، كما لو أنكرَ أصلَ التعليق. ثم قال الشافعيُّ رَحِمَهُ اللهُ: الورعُ أَنْ يُحَنِّثَ نفسَه، وليس معناه أَنْ يعدَّها مطلقةً من غير أَنْ يطلِّقها؛ لأنَّا حكَمنا بأنها زوجته، فكيف تنكحُ غيره؟ بل إنْ كان علَّقَ الطلاقَ الثلاثَ، فالورَعُ أَنْ يطلِّقها ثلاثاً، وإِنْ كان المعلّق طَلْقة رجعيّة، وأرادَ إمساكَها، راجَعها، وإلاَّ، طلَّقها؛ لتحِلَّ للأزواج، فإنْ راجعها، ثم طلَّقها طلقَتين، فالورَعُ أَنْ لا ينكحها إلاَّ بعد زوج، وإذا نكَحها بعد زوج، كانت عنده بطلقة، فإِنْ طلَّقها، لم تحلَّ إلاَّ بزوج؛ لأنه لم يَقَعْ عليها بالخروج شيء، وقد طلَّقها بعده ثلاثاً، والزوجُ الثاني قبلَ استيفاء الثلاثِ لا أثَر له.

فَرْعٌ: حَلَفَ: لا يخرجُ فلانٌ بغير إذنه، أو إلَّا بإذنه، فخرَج بغير إذنه، حَنِثَ، وإنْ خرجَ بإذنِهِ، لم يَحْنَثْ. وعلىٰ التقديرَين: تنحلُّ اليمينُ حتَّىٰ لو خرج بعد ذٰلك بإذنٍ، أو بغير إذنٍ، لم يَحْنَثْ. وكذا لو قال لزوجته: إنْ خرجْتِ بغير إذني، أو إلاَّ بإذني فأنتِ [١٢١٤ / ب] طالقٌ؛ إنْ خرجَتْ بغير إذنهِ، طلقَتْ، وإِنْ خرجَتْ بالإذن،

---

(١) في المطبوع: «يسمح»، تحريف.
(٢) في المطبوع: «لو» بدل: «إذا».
(٣) في المطبوع: «وخرجت».

لَمَ تطلقْ، وتنحلُّ اليمينُ علىٰ التقديرَين. وكذا الحكمُ لو قال: إنْ خرجتِ حتَّىٰ آذنَ لكِ، أو إلىٰ أَن آذَن لكِ، أو إلاَّ أَنْ آذن لك، فأنتِ طالق. وحُكي قولٌ، ووجه[١]، وهو اختيار المزنيِّ، والقَفَّالِ؛ أنه لا تنحلُّ اليمينُ بخروجها بالإذن، كما لو قال: إنْ خرجت لابسةً للحرير، فأنتِ طالق، فخرجَتْ غيرَ لابسةٍ، لا تنحلُّ اليمينُ، حتَّىٰ لو خرجَتْ بعده لابسةً، طلقَتْ، والمذهبُ: الأولُ، وهو المنصوصُ؛ لأنَّ اليمينَ تعلّقت بِخَرْجَةٍ واحدةٍ، وهي الأُولىٰ.

قال البغوي: ومقتضىٰ هـٰذا أنه لو قال: إنْ خرجتِ غيرَ لابسةٍ للحريرِ، أو لابسة[٢]، فأنتِ طالق، فخرجت لابسةً تنحلُّ اليمينُ، وهـٰذا يخالف قول الغزالي: لو قال: إنْ خرجْتِ بلا خُفٍّ، فأنتِ طالق، فخرجَت بخُفٍّ، لا تنحلُّ اليمينُ، وفرق بينه وبين مسألةِ الإذنِ بفَرْق ضعيف، والوجه[٣] التسويةُ بين الصورتين، كما ذكره البغويُّ.

ولو قال: كُلَّما خرجْتِ، أو كل وقتٍ خرجْتِ بغير إذني، فأنتِ طالق، فخرجَتْ مرةً بالإذن، لم تنحلَّ اليمينُ؛ لأنها صيغةُ تكرار. فلو قال: أذنتُ لكِ في الخروج كلما أردت، أغناه ذٰلك عن تجديد الإذنِ لكل خَرْجَةٍ.

ولو قال: مَتَىٰ خرجْتِ، أو (متىٰ ما)، أو (مَهْما)، أو أَيّ وقتٍ، أو أَيّ حين، فالحكمُ كما لو قال: إنْ خرجْتِ؛ لأن هـٰذه الصيغ لا تقتضي تكراراً[٤].

وفي « الرَّقم » للعَبَّاديِّ: إلحاق (متىٰ ما)، و(مهما) بـ : (كُلَّما) وهو خلافُ نصِّه في « الأُمِّ ».

ولو قال: إنْ خرجتِ أبداً إلاَّ بإذني، فأنتِ طالق، لم يلزَم التكرار أيضاً؛ بل معناهُ: في أَيِّ وقتٍ خرجْتِ، قريبٍ أم بعيدٍ. وإذا علق الطلاق كما صورناهُ[٥]، ثم أذنَ لها في الخروج، ثم رجعَ عن الإذنِ، وخرجَتْ بعده، نصّ في « الأُم »: أنها

---

(١) في المطبوع: « أو وجه » بدل: « ووجه ».
(٢) في (أ)، و(فتح العزيز: ١٢ / ٣٢٦): « أو إلاَّ لابسة » بدل: « أو لابسة ».
(٣) في المطبوع: « فالوجه ».
(٤) في المطبوع: « التكرار ».
(٥) في المطبوع: « صوَّرنا ».

لا تطلقُ؛ لأن الإذن قد وجد، فزال حكمُ اليمين، والمنعُ بعده لا يُفيدُ. ورأىٰ أبو بكرٍ الفارسيُّ، والمحقِّقون تنزيلَ النصِّ علىٰ ما إذا قال في التعليقِ: حتىٰ آذنَ لك؛ لأنه جعل إذنه غاية اليمين، و[قد] حصل الإذن، فأما إذا قال: بغيرِ إذني، أو إلَّا بإذني، فإذا رجعَ، ثم خرجَتْ، فهـٰذا خروجٌ بغير إذنٍ، وهو أول ما وجدَ بعد اليمين، فيقعُ الطلاقُ. ومنهم من قال: قوله: « إلَّا بإذني » محتملٌ أيضاً للغاية، فيحملُ عليها.

ولو قال: إنْ خرجْتِ بغير إذني لغير عيَادة، فأنتِ طالق، فخرجَتْ لعيادةٍ، ثم عَرَضَتْ حاجة، فاشتغلَتْ بهَا، لم تطلقْ.

وإنْ خرجَتْ لعيادةٍ وغيرها، فالمذكورُ في « الشامل »[1] منسوباً إلىٰ نَصِّه في « الأُم »: أنه لا يحنَثُ، وذكر البغوي أنه الأصح. ويشبهُ أَنْ يقالَ: إنْ كان المقصودُ بقوله: « لغير عيادة » ما هو بمَعْزِلٍ عنها، لم يحنَثْ، وهـٰذا هو السابقُ إلىٰ الفهم منه، وإنْ كان المقصودُ ما يغايره في الحقيقة، فمجموعُ العيادة والحاجة الأخرىٰ يغايرُ مجرَّدَ العيادة.

قلتُ: الصوابُ: الجَزْمُ بأنه لا يَحْنَثُ. **وٱللهُ أعلمُ.**

وإنْ قال: إن خرجْتِ إلَّا لعيادة، فينبغي أَنْ يَحْنَثَ؛ لأنه يصدقُ أَنْ يقال: لم تخرُجْ للعيادة؛ بل لها، ولغيرها.

النوعُ الخامِسُ: في الكَلام:

وفيه مسائِلُ:

إحداها: إذا قال: وٱللهِ! لا أكلمُكَ، فَتَنَحَّ عني، أو قُمْ، أَوْ اخْرُجْ، أو شَتَمهُ، أو زَجَره، حَنِثَ، سواءٌ عَقَّبَ هـٰذا لليمين؛ مُتَّصِلاً، أم فَصَلَهُ؛ [١٢١٥ / أ] لأنه كَلَّمه.

وقيل: لا يحنَثُ إذا وَصَلَهُ؛ لأنَّ المقصودَ به تأكيدُ اليمين[2]، والصحيحُ: الأَولُ.

---

(١) « **الشامل** »: لابن الصبَّاغ، أبي نَصْرٍ، عبد السيد بن محمد.

(٢) في (ظ) زيادة: « الأول ».

ولو كتبَ إليه كتاباً، أو أرسلَ رسولاً، فقولانِ.

الجديدُ: لا يَحْنَثُ، ومنهم مَنْ قطَع به.

وقيل: القديمُ: إنما هو إذا نوىٰ بيمينه المكاتبة. وقيل: القولانِ في الغائب؛ فإنْ كان معه في المجلس، لم يَحْنَثْ قطعاً، والمذهبُ: طَرْدُهما في كُلِّ الأحوال. ويجريانِ في الإشارة بالرأسِ والعينِ، ولا فرقَ ـ علىٰ الجديد ـ بين إشارةِ الأخرسِ، والناطِقِ؛ وإنما أقيمت إشارةُ الأخرسِ في المعاملات مقامَ النطق للضرورةِ.

فَرْعٌ: هِجْرانُ المسلم حرامٌ[١] فوق ثلاثة أيام، فلو كاتبهُ أو راسَلهُ، فهل يزولُ الإثمُ؟ نظر:

إنْ كانت مواصلَتُهما قبل الهِجران بالمُكاتَبة أو المراسلة، ارتفعَ الإثمُ، وإلَّا فإِنْ تعذَّرَ الكلامُ لغَيبة أحدهما، فكذٰلك، وإلا، فوجهانِ؛ بناءً علىٰ القولَين الجديدِ والقديمِ، حتَّىٰ لو حلفَ: أَنْ[٢] يهاجرهُ، فهل يحنَثُ بالمكاتبة والمراسلة؟ فيه هٰذا الخلافُ. وأطلقَ ابن أبي هُريرةَ أنه يرتفعُ الإثمُ بالمكاتَبة والمراسَلة.

ثم لا يخفىٰ أَنَّ المكاتبة إنما ترفع الإثمَ إذا خلَتْ عن الإيذاءِ والإيحاشِ، وإلَّا، فهو كما لو كلَّمه بالشَّتْم والإيذاء؛ فإنه لا تزولُ به المهاجَرةَ؛ بل هو زيادةُ وحشةٍ، وتأكيدٌ للمهاجَرة، ولا يحنثُ بمثل هٰذه المكاتبة إذا حلفَ علىٰ المهاجَرة.

قلتُ: تحريمُ المهاجَرة فوقَ ثلاثة أيام؛ إنما هو فيما إذا كانت المهاجَرة لحُظوظ النفوس، وتعنُّتاتِ أهلِ الدنيا، فأمَّا إذا كان المهجورُ مبتدعاً، أو مجاهراً بالظلم، أو الفُسوق، فلا تحرمُ مُهاجرتُهُ أبداً، وكذا إذا كان في المهاجَرة مصلحةٌ دينيَّة، فلا تحريمَ، وعلىٰ هٰذا [يحمل] ما جرىٰ للسَّلف من هٰذا النوع.

والأصحُّ أنه لا يزولُ التحريمُ بالمكاتَبة والمراسلة، قال صاحب « البيانِ »[٣]: وينبغي أَنْ تكون الإشارةُ والرمزُ كالمكاتَبة كما قلنا في الحِنْثِ. **واللهُ أعلمُ.**

---

(١) كلمة: « حرام » ساقطة من المطبوع.

(٢) في الأصول الخطية: « لا » بدل: « أَن »، المثبت من المطبوع، وهو موافق لما في (فتح العزيز: ١٢ / ٣٢٨).

(٣) انظر: (البيان: ١٠ / ٥٥٨).

فَرْعٌ: حلفَ: لا يكلِّمُهُ، ثم سلَّم عليه، حَنِثَ؛ لأنَّ السلامَ كلامٌ. وإنْ سَلَّمَ[١] على قوم هو فيهم؛ فإنْ قصدَهُ بالسَّلام، حَنِثَ. قال في «البيانِ»[٢]: ويجيءُ أَنْ لا يحنث على قولِ مَنْ قال: إذا حلفَ لا يأكلُ السَّمْنَ، فأكَلَهُ مع غيره: لا يحنَثُ.

وإنِ استثناهُ[٣] لفظاً، لم يَحْنَثْ، وإنِ استثناه بالنيَّةِ، لم يحنَثْ أيضاً على المذهب. وإنْ أطلقَ، حَنِثَ على الأظهرِ.

ولو سَلَّمَ من صلاته، والمحلوفُ عليه مِنَ المأمومينَ، ففيه هٰذا التفصيلُ.

ولو صلى الحالِف خلفَ المحلوفِ عليه، فسبَّح لِسَهْوِهِ، أو فَتَحَ عليه القراءَة، لم يَحْنَثْ.

ولو قرأ آيةً، فهمَ المحلوفُ عليه منها مقصودَهُ؛ فإنْ قَصَدَ القراءةَ، لم يَحْنَثْ، وإلَّا، فَيَحْنَثُ.

المسألةُ الثانيةُ: حلفَ: لا يتكلَّم، يحنث[٤] بترديدِ الشِّعْر مع نفسِه؛ لأنَّ الشِّعر كلامٌ، ولا يحنَثُ بالتَّسبيح، والتَّهليل، والتكبير، والدُّعاءِ على الصحيح؛ لأن اسمَ الكلام عند الإطلاق ينصرفُ إلى كلَام الآدميِّين في مُحاوراتهم.

وقيل: يحنث؛ لأنه يباحُ للجُنُبِ، فهو كسائر الكلام، ولا يحنَثُ بقراءةِ القرآن.

قلتُ: قال القَفَّالُ[٥] في «شَرْحِ التَّلْخيص»: [١٢١٥ / ب] لو قرأَ التوراةَ الموجودةَ اليومَ، لم يَحْنَثْ؛ لأنا نشكُّ أن الذي قرأه مُبَدَّلٌ، أم لا. **واللهُ أعلمُ.**

الثالثةُ: حلفَ: لَيُثْنِيَنَّ على اللهِ تعالى أحسنَ الثناءِ، فطريقُ البرِّ أَنْ يقولَ: لا أُحصي ثناءً عليكَ أنتَ كما أَثْنَيْتَ على نفسِك.

زاد إبراهيمُ المَرُّوْذيُّ[٦] في آخره: فلكَ الحمدُ حتَّى ترضى.

---

(١) في المطبوع: «وأن يسلم»، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٢ / ٣٢٩).
(٢) انظر: (البيان: ١٠ / ٥٥٨).
(٣) في المطبوع: «استثنى»، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٢ / ٣٢٩).
(٤) في المطبوع: «حنث».
(٥) هو الصغير، عبد الله بن أحمد المروزيُّ.
(٦) في المطبوع: «المروزي»، تحريف.

وصوَّر المتولِّي المسألةَ فيما لو قال: لأُثْنِيَنَّ على ٱللهِ تعالىٰ بأجلِّ الثناء، أو أعظمِهِ، وزادَ في أول الذكر: سبحانك.

ولو قال: لأحمدَنَّ ٱللهَ تعالىٰ بمجامعِ الحَمْد، وقال المتولِّي: بأجَلِّ التحاميدِ، فطريقُ البرِّ أَنْ يقولَ: الحمدُ لله حمداً يوافي نعمَهُ، ويكافئُ مزيدَه.

ولو قال: لأصَلِّيَنَّ على النبيِّ ﷺ أفضلَ الصلاةِ عليه، فطريقُ البرِّ أَنْ يقولَ: اللَّهُمَّ! صَلِّ علىٰ محمدٍ، وعلىٰ آل محمدٍ، كلَّما ذكره الذاكرونَ، وكلما سَها عنه[١] الغافلونَ. ذكره إبراهيمُ المَرُّوْذِيُّ.

قلتُ: أَمَّا الصورتانِ الأُوليان، فذكرهما جماعةٌ من متأخِّري الخُراسانِيّين، وليس لهما دليلٌ يعتمدُ. ومعنىٰ: « يوافي نِعَمَهُ » أي: يُلاقيها، فتحصلُ معه، « ويكافئ مزيدَه » بهمزة في آخِرِه، أي: يساوي مزيدَ نِعَمِهِ، ومعناه: يقومُ بشكر[٢] ما زادَ مِنَ النعمِ والإحسان.

وأمَّا مسألةُ الصلاة علىٰ النبيِّ ﷺ فقد ذَكرها عن إبراهيمَ المَرُّوذِيّ[٣] وحدَه، وقد يستأنس لذٰلك، بأَنَّ الشافعيَّ رَحِمَهُ ٱللهُ كان يستعملُ هٰذه العبارة، ولعلَّه أولُ مَن استعملها، ولٰكن الصواب والذي ينبغي أَنْ يجزمَ به أَنَّ أفضلَهُ[٤] ما يقال عقب[٥] التشهُّد في الصلاةِ: « اللَّهُمَّ! صَلِّ علىٰ محمدٍ، وعلىٰ آلِ مُحمدٍ، كما صلَّيتَ علىٰ إبراهيمَ. . . . » إلىٰ آخره، فقد ثبتَ في الصحيح أنهم قالوا: يا رسولَ ٱلله! كيفَ نصلِّي عليكَ؟ فقال: « **قولوا: اللَّهُمَّ! صَلِّ علىٰ مُحَمدٍ**[٦] . . . . » إلىٰ آخِرِه. **وٱللهُ أعلمُ**.

فَصْلٌ: حلفَ: لا يصلِّي، فهل يَحْنَثُ بالتحرُّم بالصلاة، أم لا يحنَثُ حتّىٰ يركعَ، أَم حتَّىٰ يَفْرُغَ من الصلاةِ؟ فيه أوجه.

---

(١) في المطبوع: « عن ذِكره » بدل: « عنه ».
(٢) في المطبوع: « لشكر »، المثبت موافق لما في (أذكار المصنف ص: ١٥٧) بتحقيقي.
(٣) في المطبوع: « المروزي »، تحريف.
(٤) في المطبوع: « أفضل ».
(٥) في المطبوع: « عقيب ».
(٦) أخرجه مسلم (٤٠٥) من حديث أبي مسعودٍ البدْريِّ، عُقبة بن عَمْرو. وانظر: (جامع الأصول: ٤ / ٤٠١ ـ ٤٠٤).

أصحُّها: الأولُ، فلو أفسدها بعد الشروع، حَنِثَ علىٰ الأَولِ، ولا يحنَثُ علىٰ الثالثِ، ولا علىٰ الثاني، إِنْ لم يكن رَكَعَ، ولا يجيءُ الثاني إذا صلَّىٰ علىٰ جَنازة.

ولو أحرمَ مع إخلاله ببعض الشروط، لم يحنَثْ؛ لأنه لم يُصَلِّ؛ لعدَم انعقادِها.

ولو حلف: ما صلَّيتُ، وقد أتىٰ بصورةِ صلاةٍ فاسدةٍ، لم يحنَثْ.

ولو لم يَجِدْ ماءً ولا تراباً، وصلَّىٰ، حَنِثَ؛ لأنها صلاةٌ إلَّا أَنْ يريدَ الصلاةَ المجزئةَ.

ولو قال: لا أصلي صلاةً، لا يحنَثُ حتَّىٰ يَفْرُغَ.

قلتُ: وينبغي أَنْ لا يحنثَ بسجود الشكرِ، والتلاوةِ، والطوافِ، ويحنثُ بالصلاة بالإيماءِ، حيث يُحكمُ بصحتها. **وٱللهُ أعلمُ**.

ولو حلفَ: لا يصومُ، فهل يحنَثُ؛ بأَن يصبحَ صائماً، أو بأَنْ ينويَ صومَ التطوع قبلَ الزوال، أم لا يحنَثُ حتَّىٰ يتمَّ؟ فيه الخلافُ. وإذا قلنا: لا يحنَثُ إلَّا بالفراغِ، فهل نتبيَّنُ استنادَ الحِنْثِ إلىٰ الأولِ؟ فيه وجهانِ.

قلتُ: وينبغي أَنْ يكونَ في الحجِّ الخلافُ في أنه يَحْنَثُ بمجرَّدِ الإحرامِ، أم بعد الفراغ؟ وعلىٰ قياس الثاني في[1] اشتراطِ الركوع؛ لكونِهِ معظمَ الركعة، يجيءُ وَجهٌ ثالثٌ باشتراط الوقوفِ [١٢١٦ / أ] بعرفات.

وأمَّا الاعتكافُ فيحنَثُ بمجرَّدِ نيته، ويحتملُ أَنْ يجَيء خلافٌ في اشتراط ساعةٍ؛ بناءً علىٰ أنه لا يصحُّ اعتكافُ لحظةٍ.

ولو حلف: لا يقرأُ، حَنِثَ بما قرأ، ولو بعضَ آيةٍ. **وٱللهُ أعلمُ**.

النوعُ السادسُ: في تأخير الحِنْثِ وتقديمِهِ:

وفيه مسائلُ:

إحداها: حلفَ: ليأكلنَّ هـٰذا الطعام غداً، فلا يخفىٰ البرُّ، إنْ أكلَهُ[2] غداً، والحنثُ إِنْ أخَّره عن الغدِ مع الإمكان. فلو تلفَ الطعامُ قبل الغد بنفسه، أو بإتلافِ

---

(١) كلمة: « في » ساقطة من (أ).

(٢) في المطبوع: « أكل » خطأ.

أجنبيٍّ، فقد فاتَ البرُّ بغير اختياره، فيخرَّجُ حنثُهُ علىٰ قولَي المكره، والأظهر: أنه لا يحنَثُ. ويقالُ: إنه المنصوصُ؛ فإنْ قلنا: يَحْنَثُ، فهل يَحْنَثُ في الحالِ؛ لحصول[1] اليأسِ، أم بعدَ مجيء الغدِ؟ فيه قولانِ، أو وجهانِ، فقطعَ ابْنُ كَجٍّ بالثاني.

قال المُتَوَلِّي: وفائدةُ الخلافِ: أنه لو كانَ معسِراً يكفّر بالصومِ، جازَ أَنْ ينويَ صومَ الغد عن كفَّارته إنْ قلنا: يحنَثُ قبل الغدِ.

قلتُ: ومن فوائده: لو مات الحالِف قبلَ مجيء الغدِ، أو أعسرَ، وقلنا: يعتبرُ في الكفارة حالُ الوجوبِ. **وٱللهُ أعلمُ**.

وإنْ قلنا: لا يحنَثُ قبلَ مجيء الغدِ، فهل يحنَثُ إذا مَضَىٰ من الغدِ زمنُ إمكانِ الأكلِ، أَمْ قُبيل غروبِ الشمس؟ وجهان. قال البَغَوِيُّ: أصحُّهما: الأولُ.

ولو مات الحالفُ قبل مجيءِ الغدِ، فقيل: هو كتلفِ الطعام، فيكون علىٰ الخلاف، والمذهبُ: القطعُ بأَنْ لا حِنْثَ، وهو الذي يقتضيه[2] كلامُ ابْنِ كَجٍّ والبَغَويِّ، وغيرِهما؛ لأنه لم يبلُغْ زمنَ البر والحِنْثِ.

ولو مات بعد مجيءِ الغدِ، وقبل إمكان الأكل، فهو كتلفِ الطعام بعد مجيء الغد علىٰ ما سنذكرهُ إنْ شاءَ ٱللهُ تعالىٰ من التفصيل، وقطع المُتَوَلِّي بأَنْ لا حِنْثَ.

أمّا إذا تلفَ الطعامُ أو بعضُه بعد مجيءِ الغد، فينظرُ:

إن كان قبل التمكُّن من الأكل، فهو كتَلفِ الطعام قبلَ الغدِ، وفيه الخلافُ. وإنْ تلفَ بعد التمكُّن، أو ماتَ الحالِف بعد التمكُّن، فالمذهبُ الحِنْثُ؛ لأنه تمكّن مِنَ البرِّ فصار كما لو قال: لآكلنَّ هـٰذا الطعامَ، وتمكّنَ من أكلِه، فلم يأكلْهُ حتَّىٰ تلفَ؛ فإنه يحنَثُ قطعاً. فعلىٰ هـٰذا: هل يحنَثُ في الحالِ، أمْ قُبيل[3] غروب الشمس؟ فيه الوجهانِ.

ولو أتلفَ الحالِفُ الطعامَ قبل الغدِ؛ بأكلِهِ، أو بغيره، أو أتلفَ بعضَه، حَنِثَ،

---

(١) في المطبوع: « الحصول ».
(٢) في المطبوع: « يقتضي ».
(٣) في المطبوع: « قبل ».

وهل يحنَثُ في الحالِ، أمْ بعد مجيءِ الغدِ ؟ فيه الخلافُ، كما لو تلفَ.

ولو قال: لآكلنَّ هٰذا الطعام قبل غَدٍ، فتلفَ قبل الغدِ وبعد التمكُّن، حَنِثَ. وهل يكون حِنْثُهُ في الحالِ، أم إذا جاء أولُ الغدِ ؟ وجهانِ، حكاهما الصَّيْدَلانِيُّ.

ولو قال: لآكلنَّهُ اليومَ، فيقاسُ بما ذكرناه في الغدِ.

الثانية: قال: واللهِ ! لأقضيَنَّ حقَّكَ، ومات قبلَ القضاءِ، نُظِرَ:

إنْ تمكَّن من القضاء، فلم يفعَلْ، حَنِثَ. وإنْ مات قبل التمكُّن، فعلىٰ قولي الإكراهِ، كذا نقله البَغَويُّ، والمَرُّوذيُّ[1]، وغيرهما، وقطعَ المُتَوَلِّي بأنه لا يحنَثُ.

ولو قال: لأقضينَّ حقَّك غداً، ومات قبل مجيءِ الغدِ، أو بعد مجيئهِ، وقبلَ التمكُّن، فَمَنْ أثبتَ القولَين إذا لم يُقَيدْ بالغدِ، أثبتَهما هنا، ومَنْ قطعَ بالمنع، قطعَ بالمنعِ هنا أيضاً.

ولو ماتَ بعد التمكُّنِ جاء الطريقانِ [١٢١٦ / ب] المذكورانِ في مسألةِ الطعامِ.

وموتُ صاحبِ الحَقِّ، لا يقتضي الحِنْثَ، لا عندَ الإطلاقِ، ولا عندَ التقييدِ بالغَد؛ لإمكانِ القضاءِ بالدفع إلىٰ الورثة.

ولو قال: لأقضينَّكَ حقَّكَ غداً، فهو كقولِهِ: لآكلنَّ هٰذا الطعام غداً، فطريقُ البرِّ والحِنْثِ ظاهرٌ، وموتُ صاحبَ الحَقِّ ـ هنا ـ كتلفِ الطعام؛ فإنْ مات قبلَ مجيءِ الغدِ، أو بعدَه وقبلَ التمكُّن [من القضاء]، فعلىٰ قولي الإكراهِ، وإنْ ماتَ بعد التمكُّنِ، ففيه الطريقانِ السابِقان. فإنْ حَنَّثناهُ، فهل يحنَثُ في الحالِ، أم بعدَ مجيءِ الغد ؟ فيه القولانِ.

وموتُ الحالِف والحالةُ هٰذه قبل مجيء الغد وبعدَه علىٰ ما ذكرنا في مسألة الطعام؛ فإنْ حَنَّثناه، فلا يستبعدُ كون وقت الحِنْث دخل وهو ميتٌ؛ لأن السَّببَ هو اليمينُ، وكانت في الحياة، وهو كما لو حَفَرَ بئراً متعدِّياً، فتلف بها إنسانٌ بعد موته، يجبُ الضمانُ والكفارةُ في ماله. وإنْ قضاهُ قبلَ مجيء الغدِ، فقد فَوَّتَ البِرَّ، فيحنثُ إلَّا أَنْ يريدَ أنه لا يؤخّر القضاءَ عن الغد، وهو كإتلافِ الطعامِ قبل الغدِ.

---

(١) في المطبوع: « المروزي »، تحريف.

ولو أبرأَهُ صاحبُ الحَقِّ في هٰذه الصور؛ فإنْ قلنا: الإبراءُ يحتاجُ إلىٰ القبولِ، فقَبِلَ، حَنِثَ؛ لتفويته البرَّ باختياره، إلا أَنْ يريد باليمين: لا يمضي الغد، وحقُّه باقٍ عليه. وإنْ لم يَقْبَلْ، لم يَحْنَثْ؛ لبقاءِ الحَقِّ عليه، وإمكانِ قضائهِ.

وإنْ قلنا: لا يحتاجُ الإبراءُ إلىٰ قَبولٍ، سقطَ الدَّينُ. وفي الحِنْثِ قَوْلا الإكراهِ؛ لفواتِ البرِّ بغير اختيارِهِ.

والهبةُ في العينِ، والصلحُ عن الدَّينِ، كالإبراءِ، إذَا قلنا: إنه يحتاجُ إلىٰ القَبولِ.

ولو قال: لأقضينَّكَ حقَّكَ غداً إلاَّ أَنْ تشاءَ أن أؤخِّرَهُ؛ فإنْ قضاهُ غَداً، بَرَّ، سواءُ شاءَ صاحبُ الحقِّ، أم لا. وإن لم يَقْضِهِ في الغد، فإنْ شاء صاحبُ الحَقِّ[1] تأخيرَه قبل مُضيِّ الغدِ، لم يَحْنَثْ، وإن لم يشَأْ، حَنِثَ. وكذا لو قال: إلاّ أنْ يشاءَ زيدٌ أَنْ أؤخِّرَهُ، إلاَّ أنه إذا ماتَ صاحبُ الحَقِّ قبلَ مجيءِ الغدِ، فالحِنْثُ علىٰ قولَي الإكراهِ.

وإن مات بعدَه وبعدَ التمكُّنِ، ففيه الطريقانِ.

وإن مات زيدٌ قبلَ الغَدِ، أو في أثنائِهِ، ولم يعلَمْ مشيئته، لم يَحْنَثْ في الحال؛ لإمكانِ القضاءِ بعد موتِهِ، فإذا غَرَبَتِ الشمسُ ولم يَقْضِ، حَنِثَ حينئذٍ.

ولو قال: لأقضينَّكَ حقَّكَ إلىٰ الغد إلاَّ أَنْ تشاءَ تأخيرَه، فينبغي أَنْ يقدمَ القضاء علىٰ طلوعِ الفجرِ من الغد؛ فإنْ لم يفعَلْ، ولم يشَأ صاحِبُ الحق تأخيرَه، حَنِثَ.

فَرْعٌ: حلف: ليطلقنَّ زوجتَه غداً، فطلَّقها اليومَ، نُظِرَ:

إن لم يستوفِ الثلاثَ، فالبرُّ ممكن، وإن استوفاه، فقد فَوَّتَ البرَّ، فيحنَث، وكذا لو كان عليه صلاةٌ عن نَذْرٍ، فحلف ليصلينَّها غَداً، فصلاَّها اليومَ، حَنِثَ.

الثالثة: قال: لأَقضيَنَّ حقَّكَ عند رأسِ الهلالِ، أو مع رأس الهلال، أو عند الاستهلال، أو مع رأس هلالِ[2] الشهر، فهٰذه الألفاظُ تقَعُ علىٰ أول جُزءٍ من الليلة الأولىٰ من الشهرِ، ولفظَتا (عند)، و(مع) تقتضيان المقارنة. فإنْ قضاه قبل ذلكَ، أو بعدَه، حَنِثَ، فينبغي أنْ يُعِدَّ المالَ، ويترصّدَ ذٰلك الوقت، فيقضيه فيه،

---

(١) في المطبوع: « صاحبه » بدل: « صاحب الحق ».

(٢) كلمة: « هلال » ليست في المطبوع، ولا في (فتح العزيز: ١٢ / ٣٣٤).

وحكىٰ [١٢١٧ / أ] الإمامُ[١]، والغزاليُّ وجهاً: أَنَّ له فُسْحَةً[٢] في الليلة الأولىٰ ويومَها؛ لأنَّ اسمَ رأسِ الهلالِ والشهر يقعُ عليهما، والصحيحُ: الأولُ.

وإذا أخذَ في الكَيل، أو الوزن عند رُؤية الهلال، وتأخَّر الفراغُ؛ لكثرةِ المالِ، لم يَحْنَثْ، وبمثلِهِ أُجيبَ فيما لو ابتدأ حينئذٍ بأسبابِ القضاء ومقدِّماته، كحَمْل الميزانِ.

ولو أخَّرَ القضاءَ عن الليلة الأولىٰ؛ للشَّكِّ في الهلال، فبان كونُها من الشهر، ففي الحِنْثِ قولا حِنْثِ النَّاسي والجاهلِ.

ولو قال: لأقضيَنَّ حَقَّكَ أولَ الشهر، فهو كقولِهِ: [عند رأسِ الشهرِ.

ولو قال: أولَ اليوم، فينبغي أَنْ يشتَغلَ بالقضاءِ عندَ طلوعِ الفجر.

ولو قال: لأقضينَّ حقَّكَ][٣] إلىٰ رأسِ الشهرِ، أو إلىٰ رمضانَ، فالأصحُّ أنه يشترطُ تقديمُ القضاءِ علىٰ رأسِ الشهرِ، وعلىٰ رمضانَ.

وقيل: هو كقولِهِ: عند رأسِ الشهرِ.

فَرْعٌ: لو قال: لأَقضيَنَّ حقَّكَ إلىٰ حين، لم يختصَّ ذٰلك بزمانٍ مُقَدَّرٍ؛ بل يقعُ علىٰ القليلِ والكثيرِ، كما سبق في « كتاب الطلاق » فيكون كقولِهِ: لأقضيَنَّ حقَّك، فمتَىٰ قضاهُ، برَّ، وإنمَّا يَحْنَثُ إذا مات قبل القضاءِ مع التمكُّن.

ولو قال: إلىٰ زمانٍ، أو دهرٍ، أو حُقْبٍ، أو أحقابٍ، فكذٰلك، وجميعُ العُمُر مهلةٌ له.

ولو قال: لا أكلِّمك حينًا، أو دهراً، أو زماناً، أو حُقْباً، برَّ بأدنىٰ زمانٍ.

ولو قال: أنتِ طالقٌ بعد حينٍ، طلقَتْ إذا مضىٰ لحظةٌ. والفرقُ أَنَّ قولَه: « طالِق بعد حين » تعليقٌ، فيتعلَّق بأولِ ما يُسَمَّىٰ حِيناً. وقوله: (لأقضيَنَّ حقَّك) وعْدٌ، والوعد لا يختصُّ بأول ما يقعُ عليه الاسمُ.

ولو قال: لأقضيَنَّ حقَّك إلىٰ مدة قريبةٍ، أو بعيدةٍ، لم يتقدَّرْ أيضاً، وهو

(١) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٣٧١).
(٢) في المطبوع، و(النجم الوهَّاج: ١٠ / ٧٢): « فسخه ».
(٣) ما بين حاصرتين من المطبوع.

كالحينِ. ولو قال: إلىٰ أيامٍ، فوجهانِ. قال القاضي أبو الطيِّب، والصَّيدلانيُّ، والبَغَويُّ[١]، وغيرُهم: يحملُ علىٰ ثلاثة أيام إذا لم يكن نيَّة. وقال آخرونَ، منهم المَحَامِليُّ: هو كالحينِ؛ لأنه يقعُ علىٰ القليل والكثير، يقال: أيامُ العَدْلِ، وأيام الفِتنة، فلا يتَقدَّر.

قلت: الأولُ أصحُّ؛ لأنه المفهومُ عند الإطلاق. وأَمَّا أيامُ الفتنةِ ونحوه، فتخرجُ بالقرينة. **والله أعلمُ.**

النَّوعُ السَّابِعُ: في الخُصُومات ونحوِها:

وفيه مسائِلُ:

إحداها: حلفَ: لا يرىٰ مُنكراً[٢] إلَّا رفعَهُ إلىٰ القاضي، فله أحوالٌ.

إحداها: أن يعيِّنَ القاضي فيقول: إلىٰ القاضي فلان، فإذا رأىٰ منكراً، لا يلزمُهُ المبادرةُ بالرفع[٣] إليه؛ بل له مهلة مدةَ عُمرِه وعمر القاضي، فمتَىٰ رفعَهُ إليه، برَّ. ولا يشترط في الرَّفع أَنْ يذهب إليه مع صاحبِ المنكر؛ بل يكفي أَنْ يحضُرَ وحدَه عند القاضي، ويخبرَه أو يكتبَ إليه[٤] أو يُرسلَ رسولاً بذٰلك فيخبره، أو يكتبَ به كتاباً إليه، فإنْ لم يرفَعْهُ إليه حتَّىٰ ماتَ أحدُهما بعد التمكُّن، حَنِثَ، فإن لم يتمكَّنْ مِن الرفع، لمرضٍ، أو حَبْسٍ، أو جاء إلىٰ باب القاضي فَحُجِبَ، ففيه قَوْلا حِنْثِ المكرهِ.

ولو بادرَ بالرفع، فمات القاضي قبل وصُوله إليه فطريقان.

قال الشيخ أبو حامد: فيه القولانِ.

وقال أبو إسحاقَ، والقاضي أبو الطيِّب: لا يحنَثُ قطعاً، وهو المذهب؛ لأنه لم يتمكَّنْ.

ولو مات الحالِفُ في صورة المبادَرة قبل وُصوله إلىٰ القاضي، قال المُتَوَلِّي:

---

(١) انظر: (التهذيب: ٨ / ١٣٨).

(٢) المنكرُ: هو ما خالفَ الشرعَ، والدينَ وأنكره الناسُ (النظم المستعذب: ٢ / ١٣٨).

(٣) في المطبوع: « بالدَّفع ».

(٤) في المطبوع زيادة: « بذٰلك ».

لا كفَّارةَ بلا خلاف. فلو عُزِلَ ذٰلك القاضي، فإنْ كان نيتُهُ أن يرفعَ إليه وهو قاضٍ، أو تلفَّظ به لم يَبَرَّ بالرفع إليه [١٢١٧ / ب] وهو معزولٌ، ولا يحنَثُ. وإن كان تمكَّن؛ لأنه ربَّما ولي ثانياً، واليمينُ على التراخي؛ فإنْ مات أحدُهما قبل أَنْ يُوَلَّىٰ، تبيَّنَّا الحنثَ. وإنْ نوىٰ غيرَ ذٰلك القاضي، وذكرِ القضاءَ؛ تعريفاً له، بَرَّ بالرفعِ إليه وهو معزولٌ. وإِنْ أطلقَ، فهل يَبَرُّ بالرفع إليه، وهو معزولٌ ؟ وجهان.

أصحُّهما: نَعَمْ، كما لو قال: لا أدخلُ دارَ زيد هٰذه، فباعها؛ فإنه يَحْنَثُ [به][(1)] تغليباً للعَين، فلا يَحْنَثُ ـ هنا ـ تغليباً للعَين.

الثانية: أَنْ يقول: إلَّا رفعتُهُ إلىٰ قاضٍ، فَيَبَرُّ بالرفْعِ إلىٰ أَيِّ قاضٍ كان في ذٰلك البلدِ، وغيرِه.

الثالثةُ: يقولُ: إلَّا رفعتُهُ إلىٰ القاضي، ولا يعيِّنُ أحداً بلفظِهِ، ولا بنيَّته، فهل يختصُّ بقاضي البلد ؟ وجهان.

أحدهما: لا؛ بل يَبَرُّ بالرفع إلىٰ أيِّ قاضٍ كان، والصحيحُ اختصاصُه بقاضي البلد؛ حَمْلاً له علىٰ المعهود. وهل يتعيَّنُ قاضي البلد في الحالِ؛ لأنه المعهودُ، أَمْ يقومُ مَقامَهُ مَنْ ينصبُ بعده ؟ وجهانِ، ويقال: قولان.

أصحُّهما: الثاني، حتَّىٰ لو عُزِلَ الأَول وَوليَ غيرُهُ، يَبَرُّ بالرفْع إلىٰ الثاني دون الأولِ. فإذا قلنا: يتعيَّنُ قاضي البلد في الحال، فالحكمُ كما ذكرنا في الحالة الأُولىٰ، وعلىٰ هٰذا الوجه: هل الاعتبارُ بحال اليمينِ، أم بحالِ رؤية المنكرِ ؟ وجهان.

أصحُّهما: الأولُ.

ولو كان في البلد قاضيانِ، وجوَّزْناه، فيرفعُ إلىٰ من شاء منهما.

ولو رأىٰ المنكَر بَيْنَ يَدَي القاضي المرفوع إليه، قال في « الوسيط »: لا معنىٰ للرفع إليه، وهو يشاهدُه.

وقال المُتَوَلِّي: إنما يحصلُ البرُّ بأن يخبره به.

ولو رأىٰ المنكَر بعد إطلاع القاضي عليه، فوجهانِ.

(١) ما بين حاصرتين من المطبوع.

أحدُهما: أنه فاتَ البرُّ بغير اختيارِهِ، فيكون علىٰ القولَين.

وأصحُّهما وبه أجاب البغويُّ[1]: أنه يَبَرُّ بالإخبارِ.

وصورة الرفع، وفي[2] الأحوال الثلاثِ: لو[3] لم ير الحالفُ منكراً حتَّىٰ ماتَ، فلا شيءَ عليه.

وفي حالِ تعيينِ القاضي، لو[4] لم يَرَ منكراً حتّىٰ ماتَ القاضي، فكذٰلك لا شيءَ عليه.

ولو رآه بعد عَزْلِهِ؛ فإنْ نوىٰ الرفعَ إليه في حالِ القضاء، فلا شيءَ عليه. وإنْ قصدَ عينَهُ، فَلْيُخْبِرْهُ.

ولو حلفَ: لا يرفَعُ مُنكراً إلىٰ القاضي فلانٍ، حَنِثَ بالرفعِ إليه، وهو قاضٍ. فلو رفعَ بعد العَزْلِ، عاد التفصيلُ المذكورُ. وإنْ قال: إلىٰ القاضي، فهل يُحْمَلُ علىٰ قاضي البلد حينئذٍ، أم يحنَثُ بالرفعِ إلىٰ مَنْ ينصبُ بعد عَزْلِهِ؟ فيه الخلافُ السابقُ.

المسألة الثانيةُ: حلفَ: لا يفارقُ غريمَهُ حتَّىٰ يستوفي حقَّه منه، ففي المسألة نَظَرانِ:

أحدهما: في حقيقةِ المفارقَة، والقولُ فيها علىٰ ما سبقَ في افتراقِ المتبايعين عن المجلسِ، والرجوع إلىٰ العادة؛ فإنْ فارقَهُ الحالف قبلَ الاستيفاءِ مُختاراً، حَنِثَ، وإنْ كان ناسياً أو مُكرهاً، فعلىٰ القولَين [في الناسي والمكْرَه. ولو فارقه الغَريم وفر منه، فقيل قولان كالمكره، والمذهب القطع] بأنه لا يحنَثُ، سواءٌ تمكَّن من التعلُّقِ به ومنعِهِ، أو مِنْ مُتابعته، أم لا؛ بل لو كانت مفارقتُهُ بإذنِ الحالِفِ، لَمَ يَحْنَثْ؛ لأنه حلفَ علىٰ فعلِ نفسِهِ، فلا يحنَثُ بفعلِ الغريم.

وقال ابْنُ كَجٍّ: يَحْنَثُ إنْ أذِنَ له.

وقال الصَّيدلانيُّ: يَحْنَثُ إنْ أمكنه مَنْعُهُ فلم يفعَلْ.

---

(١) انظر: (التهذيب: ٨ / ١٤٤).
(٢) في المطبوع: « في » بدون « الواو ».
(٣) في المطبوع: « ولو ». « الواو » مقحمة.
(٤) في المطبوع: « ولو ». « الواو » مقحمة.



وقال القاضي حُسَين: يَحْنَثُ إِنْ أمكنَه متابعتُهُ؛ لأنه بالمقامِ مُفارِقٌ [١٢١٨ / أ]، والصحيحُ. الأولُ.

ولو كانا يتماشَيان، فمشىٰ الغريمُ، ووقفَ الحالف، فذكر الغزاليُّ أنه لا يَحْنَثُ؛ لأن المفارَقَةَ حصلت بحركة الغريم، لا بسكونِ الحالِفِ، والصحيحُ الذي أجاب به القاضي حُسَين وصَاحباه: المُتَوَلِّي، والبَغَوَيُّ؛ أنه إذا مضىٰ أحدُهما في مَشْيه، ووقف الآخَرُ، حَنِثَ[1] الحالفُ؛ لأنه إِنْ وقفَ الغريمُ، فقد فارقَهُ الحالفُ بمَشْيه، وإن وقفَ الحالِف فقد فارقَه بالوقوف؛ لأن الحادث هو الوقوفُ، فنسبَ المفارَقَةَ إليه بخلاف ما إذا كانا ساكِنَيْنِ، فابتدأ الغريمُ بالمشي؛ لأنَّ الحادِثَ هناك المشي.

وحيثُ قلنا: لا يحنثُ بمفارقة الغريم. فلو فارقَ الحالفُ مكانَه بعد ذٰلك، لم يَحْنَثْ. أما إذا قال: لا تفارِقْني حتَّىٰ أَستوفيَ منك حَقِّي، أو حتَّىٰ تُوفيني حَقِّي، فاليمينُ منعقدَةٌ علىٰ فعلِ الغريمِ؛ فإن فارقَهُ الغريمُ مختاراً، حَنِثَ الحالِفُ، سواءٌ كانت مفارقَتُهُ بإذنِهِ، أَمْ دون إذنِهِ.

وقيل: إن فَرَّ منه، ففي حِنْثِهِ القولانِ في المُكره، والمذهبُ: الأولُ؛ لأنَّ اليمينَ علىٰ فعلِهِ، وهو مختارٌ في الفِرار. فإنْ فارقَه ناسياً، أو مُكْرَهاً، خُرِّجَ الحِنثُ علىٰ القولَين. ونَقل البغويُّ[2] طريقاً قاطعاً بالحِنْثِ، وأَنَّ الاختيارَ إنما يعتبرُ في فعلِ الحالِف، والمذهب: الأولُ.

ولو فَرَّ الحالِفُ من الغريمِ، لم يَحْنَثْ، ويجيءُ وجهٌ: أنه إِنْ أمكنَ الغريم متابعته فلم يفعَلْ، حَنِثَ.

ولو قال: لا افترقْتُ أنا وأنتَ حتَّىٰ أستوفيَ، أو لا تفترقُ لا أنا ولا أنتَ حتَّىٰ أستوفيَ، فاليمينُ علىٰ فعل كُلٍّ منهما، فأيُّهما فارقَ الآخَرَ مُختاراً، حَنِثَ الحالِفُ، فإنْ فارقَ ناسياً أو مُكْرَهاً، ففيه الخلافُ.

ولو قال: لا افترقْنا حتَّىٰ أَستوفيَ، أو لا نفترقُ، فوجهانِ.

---

(١) في (أ)، والمطبوع: « لا حِنث ».
(٢) انظر: (التهذيب: ٨ / ١٣٩).

أحدُهما: لا يَحْنَثُ حتَّىٰ يفارقَ كُلُّ واحدٍ منهما الآخَر.

وأصحُّهما: يَحْنَثُ بمفارقةِ أحدِهما الآخَرَ؛ لأنه يقال: افترقا.

النظرُ[١] الثاني: في استيفاءِ الحَقِّ، فإذا قال: لا أفارقكَ حتَّىٰ أستوفي حقي منك، ثم أبرأه وفارقَه، حَنِثَ؛ لأنه فَوَّتَ البرَّ باختيارهِ، وهل يحكمُ بالحنثِ بنفسِ الإبراءِ، أم بعدَ المفارقة؟ يجيءُ فيه الخلافُ السابق في نظائره.

ولو أفلسَ الغريمُ، فمنَعه الحاكمُ مِنْ ملازمته ففارَقه، ففيه قَوْلا حِنْثِ المُكْره. وإِنْ فارقه باختياره، حَنِثَ. وإِنْ كان[٢] تركهُ واجباً، كما لو قالَ: لا أصلِّي الفرضَ، فصَلَّىٰ[٣]، حنث.

ولو أحالَهُ الغريمُ علىٰ رجلٍ، أو أحالَ هو علىٰ الغريم غريماً له عليه دَيْن، ثمَّ فارقَه، فطريقان.

أحدهما: البناءُ علىٰ أَنَّ الحَوَالة استيفاءٌ أم اعتياضٌ؟ إِنْ قلنا: اسْتيفاء، لم يَحْنَثْ، والمذهبُ: القطعُ بالحِنْثِ بكلِّ حالٍ؛ لأنه ليس استيفاءً حقيقةً، وحيثُ جعلناها استيفاءً، فمعناه أنها كالاستيفاءِ في الحُكم؛ لكنْ لو نوىٰ أنه لا يفارقُهُ وعليه حَقُّهُ[٤]، لم يَحْنَثْ.

ولو أخذَ عِوَضاً عن حَقِّه، وفارقَه، حَنِثَ إلاَّ أَنْ ينويَ ما ذكرنا، وسواءٌ كانت قيمةُ العوَض مثل حَقِّهِ، أو أقلَّ، أو أكثرَ؛ لأنه لم يَسْتَوفِ حَقَّهُ؛ وإنما استوفىٰ بَدَلَهُ.

ولو[٥] استوفىٰ حَقَّه مِنْ وكيل الغريم، أو مِنْ أجنبيٍّ تبرَّع به، وفارَقَهُ، حَنِثَ إِنْ كان قال: حتَّىٰ أستوفي حقِّي منكَ. ولا يحنَثُ إن اقتصَر علىٰ قوله: حتَّىٰ أستوفي حَقّي.

ولو استوفىٰ [١٢١٨ / ب] ثم فارقَهُ، ثُمَّ وجدَ ما استوفاهُ ناقصاً، لم يَحْنَثْ إِنْ

---

(١) في المطبوع: « فرع النظرُ. . . ».
(٢) في (ظ) زيادة: « ما ».
(٣) قوله: « فصلَّىٰ » ساقط من المطبوع.
(٤) في المطبوع: « حقّ ».
(٥) في المطبوع: « وإن » بدل: « ولو ».

كان مِنْ جنسِ حَقِّه؛ فإنْ لم يكن مِنْ جنسِه؛ بأَنْ كان حقُّهُ الدراهمَ، فخرجَ المأخوذُ نُحاساً، أو مغشوشاً؛ فإنْ كان عالماً بالحالِ، حَنِثَ، وإلاَّ، فعلىٰ قولَي الناسي والجاهِلِ.

فَرْعٌ: حلفَ الغريمُ: ليقضيَنَّ حقَّه قبل أَنْ يفارقَه، أو لا يفارقُهُ حتَّىٰ يقضي حقَّه، فالقولُ في مفارقته مُختاراً أو مُكرهاً، وفي الحَوالة، والمُصالحة وغيرها علىٰ قياس ما سبقَ.

ولو حلفَ: لا يُعطيه حقَّه، فأعطاه مُكرَهاً أو ناسياً، فهو علىٰ الخلافِ.

ولو قال: لا يأخذُ، ولا يستوفي، فأخذَ، حَنِثَ، سواءٌ كان المعطي مُكرَهاً، أو مُختاراً. فلو كان الآخِذُ مُكرَهاً، ففيه الخلافُ.

المسألةُ الثالثةُ: حلفَ علىٰ الضربِ، تعلَّقت اليمينُ بما يُسَمَّىٰ ضرباً، ولا يكفي وضْعُ اليدِ والسَّوطِ، ورفعُهما، ولا العَضُّ، والقَرْصُ، ونَـتْفُ الشَّعْرِ.

وفي الوَكْزِ[١]، واللَّكزِ[٢]، واللَّطْمِ[٣]، وجهانِ: أصحُّهما: أنه ضربٌ، ولا يشترطُ الإيلامُ، ولهـٰذا يقال: ضربَهُ، ولم يُؤلِمْهُ، بخلاف الحَدِّ والتعزير؛ فإنه يُعتبر فيهما الإيلامُ، لأنَّ المقصودَ بهما الزجرُ، ولا يحصُلُ إلَّا بإيلامٍ؛ واليمينُ تتعلَّق بالاسمِ. وحُكي وجهٌ ضعيفٌ أنه يشترط الإيلامُ، وقد سبقَ في «كتابِ الطلاق».

قُلتُ: ولو ضربَ ميتاً، لم يَحْنَثْ، ولو ضربَ مُغْمًى عليه، أو مجنوناً، أو سكرانَ، حَنِثَ؛ لأنه مَحَلٌّ للضربِ، بخلاف الميتِ، ذكره المُتَوَلِّي. **واللهُ أعلمُ.**

فَرْعٌ: حَلَفَ: ليضربَنَّ عبدَه مِئةَ خَشَبَةٍ، أو ليجلدنَّه مِئةً[٤]؛ فإنْ شَدَّ مِئةَ سَوطٍ، وضربه بها، فقد وَفَّىٰ بموجب اللفظِ، وإنْ ضربه بعِثْكالٍ عليه مِئةُ شِمْراخٍ[٥] ضربةً

---

(١) **الوَكْز**: الضرب باليد مطبقةً. وقيل: الوكزُ: في جميع الجسد، واللَّكز في الصدر خاصَّة (النجم الوهَّاج: ١٠ / ٧٨)، وانظر: (المصباح: و ك ز).

(٢) **اللَّكز**: لكزه لكزاً، من باب قتل: ضربه بِجُمع كفه في صدره، وربما أطلق علىٰ جميع البدن (المصباح: ل ك ز).

(٣) **اللَّطْم**: الضرب علىٰ الوجه بباطن الراحة (النجم الوهَّاج: ١٠ / ٧٨).

(٤) في المطبوع زيادة: «سوط»، ليست في الأصول، ولا في (فتح العزيز: ١٢ / ٣٤٠).

(٥) **بعثكال عليه مئة شمراخ**: العثكالُ: العِذْق من أعذاق النخل الذي يكون فيه الرُّطَبُ، وهو للنخل كالعنقود للعنب، وكُلُّ غصنٍ من أغصان العِذْق: شمراخ.

واحدةً، حَصَل البرُّ إِنْ تحقَّقَ أن الجميعَ أَصابَ بَدَنَهُ. وفي المرادِ بإصابةِ الجميعِ وجهانِ.

أصحُّهما: أنه لا يشترطُ أَنْ يلاقي جميعُ القضبانِ بدنَه أو ملبوسَه؛ بل يكفي أن ينكبسَ بعضُها علىٰ بعضٍ، بحيثُ يناله ثِقَلُ الجميعِ، ولا يضرُّ كون البعضِ حائلاً بين بَدَنه وبين البعضِ، كالثيابِ وغيرها[١]، مِمَّا لا يمنعُ تأثُّرَ البَشَرة بالضرب.

والثاني: لا يكفي الانكباسُ؛ بل يُشترطُ ملاقاةُ الجميعِ بدنَه، أو ملبوسَه، وإِنْ تيقَّنَ أنه لم يصبْهُ الجميعُ، لم يَبَرَّ. وإن شكَّ في ذٰلك، فالنصُّ أنه لا يحنَثُ. ونصّ أنه لو حَلَفَ: ليدخلَنَّ الدارَ اليومَ إِلَّا أَنْ يشاء زيد، فلم يدخُلْ، وماتَ زيدٌ ولم يعلَمْ: هل شاء، أم لا ؟ أنه يَحْنَثُ، فقيلَ بتقريرِ النصَّين، والفرقُ أن الضربَ سببٌ ظاهِرٌ في الانكباس، وفي مسألةِ المشيئةِ لا أَمارةَ لها، والأصلُ عدمُها.

وقيل: فيهما قولانِ. والمذهبُ: أنه لا يَحْنَثُ هنا، ويحنَثُ في مسألة المشيئة.

قُلتُ: هٰكذا صَوَّرَ الجمهورُ مسألةَ الخلاف فيما إذا شَكَّ، وذكر الدَّارِميُّ، وابْنُ الصبَّاغ، والمُتَوَلِّي: أنه إذا شَكَّ، حَنِثَ؛ وإنَّما لا يَحْنَثُ علىٰ المنصوصِ إذا غلب علىٰ ظنه إصابةُ الجميع، وهٰذا حَسَنٌ، لٰكن الأول أصحّ؛ لأن بعد هٰذا الضرب يُشَكُّ[٢] في الحِنْثِ، والأصلُ عَدَمُهُ.

قال أصحابُنا: وإذا قلنا: لا يَحْنَثُ، فالورَعُ أَنْ يُحَنِّثَ نفسَه، فيكفِّر عَنْ يمينه. **واللهُ أعلمُ.**

ولو حلفَ: ليضربَنَّهُ مئةَ [مرة] فضربَه مرةً بالعِثْكال، أو بالمئة المشدودةِ [١٢١٩ / أ]، لم يَبَرَّ؛ لأنه لم يضربْهُ إلا مرةً.

ولو حلف: ليضربنَّهُ مئةَ ضربةٍ، لم يَبَرَّ أيضاً علىٰ الأصحِّ.

ولو حلف: ليضربنَّهُ بالسَّوط، لم يَبَرَّ بالعصا، والشَّماريخ؛ لأنه ليس بسوط.

ولو قال: مئةَ سَوط، فالصحيحُ: أنه لا يَبَرُّ بعِثْكالٍ عليه مئةُ شِمْراخٍ، وإنما يَبَرُّ بأَنْ يجمعَ مئةَ سوطٍ، ويشدَّها، ويضربَهُ بها دفعةً، أو خمسينَ، ويضربَهُ

(١) في (ظ، أ): « وغيرهما »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٢ / ٣٤١).
(٢) في المطبوع: « شكّ ».

بها[١] دفعتين، أو سوطَين ويضربَه بهما خمسينَ مرةً، بشرط أَنْ يعلمَ إصابة الجميع علىٰ ما سبق.

وقيل: يَبَرُّ بالعِثْكالِ، كما في لفظِ الخَشَبَةِ.

فَصْلٌ: في حِنْثِ الناسِي والجاهِلِ والمُكْرَهِ، فإذا وجدَ القولُ أو الفعلُ المحلوفُ عليه علىٰ وجهِ الإكراهِ، أو النسيانِ، أو الجهلِ، سواءٌ كان الحَلِفُ بٱللهِ تعالىٰ، أو بالطلاق، فهل يَحْنَثُ؟ قولانِ.

أظهرُهما: لا يَحْنَثُ، ومِمَّنْ صحَّحه أَبَوَا[٢] حامِدٍ: القاضي[٣]، والشيخُ[٤]، وابْنُ كَجٍّ، والرُّوْيَانيُّ، وغيرهم.

وقال ابْنُ سَلَمَةَ: لا يَحْنَثُ[٥] قطعاً.

وقيل: الناسي أولىٰ بالحِنث من المكرَه.

وقيل: عكسه.

وقيل: الجاهلُ أولىٰ بالحنثِ من الناسي.

وقال القَفَّالُ: يحنَثُ في الطلاق دون اليمينِ، وهو ضعيفٌ، فالمذهبُ ما سبقَ.

فإذا قلنا: لا حِنْثَ، لم تنحلَّ اليمينُ علىٰ الأصحِّ.

ولو حلف: لا يدخُلُ الدارَ طائعاً، ولا مُكرَهاً، ولا ناسياً، حَنِثَ مع الإكراهِ والنسيانِ.

ولو حَلَفَ: لا يدخلُ فانقلبَ في نومه، وحصَلَ في الدارِ، لم يَحْنَثْ. ولو حُمِلَ قهراً، وأُدخِلَ، فقيلَ: قولانِ، كالمكرَه، والمذهبُ: القطعُ بأنه لا يحنَثُ؛ لأن اليمينَ علىٰ دُخوله، ولم يدخُلْ وإنما أُدْخِلَ؛ ولهـٰذا لا تنحلُّ اليمينُ والحالةُ هـٰذه بلا خلاف.

---

(١) كلمة: « بها » ساقطة من المطبوع.

(٢) في (أ)، والمطبوع: « أبو »، المثبت هو الوجه.

(٣) **أبو حامدٍ القاضي:** هو المَرُّوْذيُّ، أحمد بن بِشْر، سلفت ترجمته.

(٤) **الشيخ:** هو أبو حامدٍ الإسفراييني، أحمد بن محمد، سلفت ترجمته.

(٥) في المطبوع: « لا حنثَ ».

ولو حُمِلَ بغير إذنه، لـٰكن قَدَرَ علىٰ الامتناعِ، فلم يمتنِعْ، لم يَحْنَثْ علىٰ الصحيح؛ لأنه لم يدخُلْ؛ بل أُدخِلَ.

ولو حُمِلَ بأمره، حَنِثَ، كما لو ركب دابةً، ودخَلَ.

واعلم: أنه لا فرق في أصل المسألةِ بين أَنْ يعلّقَ علىٰ فعلِهِ أو فعلِ غيره، فإذا وجدَ بالإكراهِ أو النسيانِ، ففيه الخلافُ، هـٰذا هو المذهبُ، وفيه شيءٌ سبقَ في مسألة الحَلِف علىٰ مُفارقة الغريم.

ومن صُوَر الفعلِ جاهلاً: أَنْ يدخلَ داراً لا يعرفُ أنها المحلوفُ عليها، أو حلفَ: لا يسلِّمُ علىٰ زيدٍ، فسلَّم عليه في ظُلمة، ولا يعلمُ أنه زيدٌ.

فَصْلٌ: حلفَ: لا يسلِّمُ علىٰ زيد، فسلَّم علىٰ قوم هو فيهم، ولم يعلَمْ أنه فيهم، ففي الحِنْثِ قَوْلا حِنْثِ الناسِي والجاهِلِ، وإنْ علمَ أنه فيهم ونوىٰ السلام عليه معهم، حَنِثَ، وفيه ما حَكَينا عن « البيان »[1] فيما لو حلفَ لا يكلِّمُهُ، فسلَّم علىٰ قوم هو فيهم، وقَصَدَهُ، فأما إذا استثناهُ بلفظِهِ فقال: السلامُ عليكم إلَّا علىٰ زيد، فلا يَحْنَثُ. وإن استثناهُ بنيّته، لم يَحْنَثْ أيضاً علىٰ المذهب. وإنْ أطلقَ، حَنِثَ علىٰ الأظهرِ.

ولو حلف: لا يدخُلُ علىٰ زيدٍ، فدخلَ علىٰ قوم هو فيهم، فاستثناهُ بقلبه، وقصدَ الدخولَ علىٰ غيره، حَنِثَ علىٰ المذهب. والفرقُ بينه وبين السلامِ؛ أَنَّ الدخولَ فِعْلٌ لا يدخلُهُ الاستثناءُ، فلا ينتظمُ أَنْ يقول: دخلتُ عليكم إلَّا علىٰ فلان، ويصحُّ أَنْ يقولَ: سلامٌ عليكم إلَّا علىٰ فلان.

ولو دخلَ بيتاً فيه زيدٌ، ولم يعلَمْ أنه فيه، ففي حِنْثِهِ قَوْلا الجاهِلِ والناسي.

ولو كان في جماعة [١٢١٩ / ب] ولم يعلَمْ به فأولىٰ بعدَم الحِنْثِ. وإنْ دخلَ لشُغلٍ، ولم يعلم أنه في البيت، فأولىٰ بعدَم الحِنْثِ؛ لانضمامِ قصدِ الشُّغل إلىٰ الجهل.

قال الإمامُ: نَصَّ الشافعيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ في هـٰذه الصورة: أنه لا يَحْنَثُ، وخَرَّجَ الرَّبيعُ قولاً، وجعله كالناسي[2].

---

(١) انظر: (البيان: ١٠ / ٥٥٨).

(٢) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٣٦٦).

ولو علمَ أنه في البيت، وقصدَ الدخولَ لشُغل، فقيلَ: يَحْنَثُ قطعاً.

وقيل: هو كما لو دخلَ علىٰ قوم هو فيهم واستثناه بقلبهِ.

ولو كان الحالِفُ في بيت[1]، فدخل عليه زيد؛ فإنْ خرجَ الحالِف في الحالِ، لم يَحْنَثْ، وإلاَّ، فقيل: لا يحنَثُ.

وقيل: فيه خلافٌ؛ بناءً علىٰ أَنَّ استدامةَ الدخولِ هل هي دُخولٌ ؟ وأجاب ابنُ الصَّبَّاغ عن هـٰذا؛ بأَنَّ الاستدامةَ إنْ جعلَتْ دخولاً كانا كالداخلين معاً، فلا يكون أحدُهما داخلاً علىٰ الآخَر.

قلتُ: الذي قاله ابنُ الصبَّاغ حَسَنٌ، والمذهبُ: أنه لا يَحْنَثُ. قال القاضي أبو الطيِّب: ونصَّ عليه في « الأم ». **واللهُ أعلمُ**.

فَصْلٌ: في أُصُولٍ تتعلَّقُ بالكتاب.

لا تنعقدُ يمينُ صبيٍّ، ولا مجنونٍ، ولا مكرَه. وفي السكرانِ الخلافُ في طَلاقه، وتنعقدُ يمينُ الكافِر.

ومن حلفَ: لا يدخلُ الدارَ، ثم قال: أردْتُ شهراً، أو يوماً؛ فإنْ كانتِ اليمينُ بطلاق، أو عَتَاق، لم تقبَلْ في الحُكمِ، ويُدَيَّنُ، ويلحقُ بهما الإيلاءُ؛ لتعلُّق حَقِّ الآدميِّ به.

وإن كانت باللهِ تعالىٰ، ولم يتعلَّقْ بها حَقُّ آدميٍّ، قُبِلَ قولهُ ظاهراً وباطناً؛ لأنه أمينٌ في حُقوق اللهِ تعالىٰ.

ولو حلف: لا يكلِّمُ أحداً، ثم قال: أردْتُ زيداً، أو مَنْ سوىٰ زيد، أو لا يأكلُ طعاماً، ونوىٰ طعاماً بعينه، تخصَّصَتِ اليمينُ بما نوىٰ، فلا يَحْنَثُ بغيره.

فَرْعٌ: قال الشيخ أبو زيد[2] رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا أدري علىٰ ماذا بنىٰ الشافعيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ مسائِلَ الأيْمانِ ؟ إن اتبعَ اللغةَ، فمَنْ حلفَ لا يأكلُ الرؤوسَ ينبغي أَنْ يَحْنَثَ برؤوس الطيرِ، والسمك، وإن اتبعَ العُرْفَ، فأهْلَ القُرىٰ لا يَعُدُّون الخيامَ بيوتاً. وقد قال الشافعيُّ: لا فرْقَ بين القَرَويِّ والبَدَويِّ.

---

(١) في (ظ): « بيته ».

(٢) هو المَرْوَزيُّ، محمد بن أحمد. سلفت ترجمته.

واعلمْ: أنَّ الشافعي يتبع[١] مُقتضىٰ اللغةِ تارةً، وذٰلك عند ظهورِها وشُمولها، وهو الأصلُ، وتارةً يتبعُ العرفَ إذا استمرَّ واطّردَ.

فَرْعٌ: اللفظُ الخاصُّ في اليمينِ، لا يعمَّم بالسَّبَب والنية، والعامُّ قد[٢] يتخصَّصُ.

مثال الأول: إذا مَنَّ عليه رجلٌ بما نالَ منه، فقال: وٱللهِ! لا أشربُ لك ماءً من عَطَشٍ، انعقدَتِ اليمينُ علىٰ الماءِ مِنْ عطشٍ خاصَّةً. فلا يحنَثُ بطعامِهِ وثيابِهِ.

وإن نوىٰ أنه لا ينتفعُ بشيءٍ منه، وإنْ كانت المنازعَةُ بينهما تقتضي ما نواهُ، وإنّما تؤثِّر النيةُ إذا احتملَ اللفظ ما نوىٰ بجهةٍ يتجوّزُ بها، وعند مالكٍ رَحِمَهُ ٱللهُ يَحْنَثُ بكلِّ ما ينتفعُ به من ماله.

قال الشيخ أبو حامِدٍ: وسببُ الخلافِ: أن الاعتبارَ عندنا باللفظِ، ويراعىٰ عمومُهُ وإنْ كان السببُ خاصّاً، وخُصوصُهُ وإنْ كان السببُ عامّاً، وعنده الاعتبارُ بالسببِ دون اللفظِ.

وأمَّا تخصيص العام، فتارةً يكونُ بالنّية كما ذكرْنا فيما إذا قال: وٱللهِ! لا أكلِّمُ أحداً، ونوىٰ زيداً. وتارةً بُعرْفِ الاستعمالِ، كما في قولِهِ: لا آكلُ [١٢٢٠ / أ] الرؤوس، وتارةً بِعُرْفِ الشرعِ، كما يحمَلُ قولُه: « لا أصلِّي » علىٰ الصلاة الشرعيَّة.

فَرْعٌ: يعتبرُ اللفظ بحقيقتِهِ، وقد يصرَفُ إلىٰ المَجَاز بالنيَّة، كما لو قال: لا أدخلُ دارَ زيدٍ، وقال: أردْتُ ما يسكُنُهُ دون ما يَمْلِكُهُ، فيقبلُ في اليمينِ بٱللهِ تعالىٰ، ولا يقبل في الحكم إذا حلفَ بطلاقٍ، وعَتَاق، ذكرَهُ ابْنُ الصبَّاغِ، وغيرُهُ، وتارةً لكونِ المَجَاز متعارفاً وكون الحقيقة بعيدةً، ومثَّله القاضي حُسَين بما إذا حلفَ: لا يأكلُ من هٰذه الشجرة، تحمل اليمينُ علىٰ الأكلِ مِنْ ثمرها دون الوَرَق والأغصانِ، وإن كانت الحقيقة متعارفة، مثل أَنْ يَقول: لا آكلُ مِنْ هٰذه الشاةِ، فَيحمل[٣] علىٰ لحمِها، ولا[٤] يحنَثُ بلبنها، ولحمِ ولدِها.

---

(١) في المطبوع: « تتبع ».
(٢) في المطبوع: « وقد ».
(٣) في المطبوع: « يحمل ».
(٤) في المطبوع: « فلا ».

فَرْعٌ: قال ابْنُ كَجٍّ: لو قال: واللهِ ! لا دخلْتُ الدارَ، واللهِ ! لا دخلْتُ الدارَ ونوىٰ التأكيدَ، فهي[1] يمينٌ واحدة، و إنْ نوىٰ بالثاني يميناً أُخرىٰ، أو أطلقَ، فهل يلزَمُهُ بالحِنْثِ كفارةٌ أم كفَّارتانِ ؟ وجهانِ.

قلتُ: الأصحُّ كفَّارة. **واللهُ أعلمُ**.

وإنْ قال: واللهِ ! لا دخلْتُ الدارَ، لا دخلْتُ الدارَ، لا دخلْتُ الدارَ؛ فإنْ نوىٰ التأكيدَ، فيمينٌ واحدةٌ، وكذا إنْ أطلقَ، أو نوىٰ الاستئناف علىٰ المذهب.

فَرْعٌ: قال الحَلِيْمِيُّ: اليمينُ المعقودةُ علىٰ المملوكِ المضاف يعتمدُ المالك دون المملوكِ، والمعقودةُ علىٰ غيرِ المملوكِ المضاف يعتمد المضاف دون المضاف إليه؛ فإذا حلَفَ لا يكلِّمُ عبيد فلان، ولا عَبْدَ له، ثم ملكَ عَبِيداً وكلَّمهم، حَنِثَ.

ولو حلفَ لا يكلِّم، بنيهِ، ولا ابْنَ له، ثم ولدَ له بنونَ فكلَّمهم، لم يَحْنَثْ؛ لأنهم لم يكونوا موجودينَ وَقْتَ اليمينِ.

فَرْعٌ: حلف: لا يكلِّمُ الناسَ، ذكر ابْنُ الصَّبَّاغ، وغيرُهُ، أنه يَحْنَثُ إذا كلَّم واحداً، كما إذا قال: لا آكل الخبزَ، يَحْنَثُ بما أكلَ منه.

ولو حلف: لا يكلِّم ناساً، حُمِلَ علىٰ ثلاثةٍ.

فَرْعٌ: في « كُتُبِ أصحابِ أبي حنيفةَ » رحمهمُ اللهُ: أَنَّ المعرفةَ لا تدخلُ تحت النكِرَةِ؛ لمغايرتهما، فإذا قال: لا يدخلُ داري أحَدٌ، أو لا يلبَسُ ثوبي أحَدٌ، دخلَ في اليمينِ غيرُ الحالِفِ، ولم يدخُلِ الحالِفُ؛ لأنه صار مُعَرَّفاً بإضافةِ الدارِ والقميص[2] إليه. قالوا: ولو[3] عرفَ نفسه بإضافة الفعلِ؛ بأَن قال: لا ألبس هٰذا القميصَ أحداً، أو عرف غيرَه بالإضافة إليه فقال: لا يدخل دارَ فلانٍ أحدٌ، أو لا يلبسُ قميصَه أَحَدٌ، لم يدخل المضافُ إليه؛ لأنه صار معرفاً. وكذا لو قال: لا يقطع هٰذه اليدَ أَحدٌ، وأشار إلىٰ يده، لم يدخُلْ هو، وقد يتوقَّف في هٰذه الصورة الأخيرة، والسابقُ

---

(١) في (أ)، والمطبوع: « فهو ».
(٢) في المطبوع: « أو القميص ».
(٣) في المطبوع: « لو » بدون « الواو ».

إلىٰ الفهم في غيرِها ما ذكروه، ويجوزُ أَنْ تُخَرَّجَ الصورةُ الأولىٰ علىٰ الخلافِ في أَنَّ المخاطبَ هل يندرجُ تحتَ الخِطابِ ؟

قلتُ: الوجهُ الجَزْمُ بكلِّ ما ذكروه. **وٱللهُ أعلمُ**.

وفي كُتبهم: أَنَّ كلمةَ « أو » إذا دخلت بين نَفْيَيْن، اقتضَتْ انتفاءَهُما، كما قال ٱلله تعالىٰ:

﴿ وَلَا [(١)] تُطِعْ مِنْهُمْ ءَاثِمًا أَوْ كَفُورًا ﴾ [الإنسان: ٢٤]، وإذا دخلت بين إثباتين، اقتضَتْ ثبوتَ أحدِهما [١٢٢٠ / ب]، فإذا قال: لا أدخلُ هـٰذه الدار، أو هـٰذه، فأيتهما دخلَها، حَنِثَ. وإن قال: لأدخلنَّ هـٰذه الدارَ اليومَ أو هـٰذه، بَرَّ بدخول إحداهما. ويشبهُ أَنْ يقالَ: إذا دخلَتْ بين نَفْيين، كفىٰ للبرِّ أَنْ لا يدخلَ واحدةً منهما، ولا يَضُرُّ دخول الأخرىٰ، كما أنها إذا دخلَتْ بين إثباتين، كفىٰ للبرِّ أَنْ يدخلَ إحداهما، ولا يَضُرُّ أَنْ لا يدخلَ الأُخرىٰ.

ولو قال: لا أدخلُ هـٰذه الدار أبداً، أَوْ لأدخلنَّ الدارَ الأخرىٰ اليومَ؛ فإنْ دخلَ الأُخرىٰ اليومَ، بَرَّ، وإن لم يدخُلْها اليومَ، ولم يدخُل الأخرىٰ، بَرَّ أيضاً.

وفي « الإقناع » للماوَرْدِيِّ: أنه لو قال: إنْ أكلتُ خبزاً، أو لحماً، يرجعُ إلىٰ مرادِهِ منهما، فيتعلَّق اليمين به.

فَصْلٌ: في مسائِلَ منثورةٍ:

حلفَ: لا يدخلُ هـٰذه[(٢)]، وأشار إلىٰ دار، فانهدمَتْ، حَنِثَ بدخولِ[(٣)] عَرْصَتِها.

ولو قال: لا أدخلُ هـٰذه الدار فانهدَمت، نُظِرَ:

إنْ بقيَتْ أصولُ الحِيطان والرُّسوم، حَنِثَ، وإنْ صارت فَضاءً، فدخلَها، لم يَحْنَثْ علىٰ المذهب، وبه قطعَ الأكثرونَ، وجعله الإمام[(٤)] علىٰ الوجهَين فيمن قال:

---

(١) في المطبوع: « فلا »، خطأ.
(٢) في (ظ، أ): « هـٰذا »، المثبت من المطبوع، وهو موافق لما في (فتح العزيز: ١٢ / ٣٤٨).
(٣) في المطبوع: « بدخولِهِ ».
(٤) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٣٥٢).

لا آكلُ هـٰذه الحِنطةَ، فأكل دقيقَها، وكذا لو حلف: لا يدخلُ داراً، أو بيتاً، فدخل عَرْصَةً كانت داراً، أو بيتاً.

ولو جُعلت الدارُ مسجداً، أو بُستاناً، أو حمَّاماً، لم يحنَثْ بدخوله.

ولو أُعيدتِ الدارُ بغير الآلةِ الأولىٰ، فدَخلها، لم يَحْنَثْ، وإنْ أعيدَت بتلك الآلةِ، فوجهانِ.

قلت: أصحُّهما: الحِنْثُ. **واللهُ أعلمُ.**

ولو حلف: لا يَشَمُّ الرَّيحانَ[1]، حَنِثَ بِشَمِّ الضَّيْمُرانِ[2]، دون الوردِ، والبَنَفْسَجِ[3]، والياسَمِينِ[4]، والنَّرْجِس[5]، والمَرْزَنجوش[6]، والزعفران[7]، ويمكن أَنْ يقال: هَذا فيما إذا ذكر الريحانُ مُعَرَّفاً، فأما إذا نكَّره، فقال: لا أشَمُّ رَيحاناً، فيحنَثُ بها كُلِّها.

قلتُ: الظاهر من حيثُ الدليلُ، ومِنْ مُقتضىٰ كلامِ الأصحابِ: أنه لا فَرْقَ، ولا يحنَثُ مُطلقاً بما بَعْدَ الضَّيْمُرانِ. **واللهُ أعلمُ.**

---

(١) **الريحان**: كُلُّ نبتٍ طيب الرائحة. ويقال: المرأة ريحانة وليست بقهرمانة. انظر: (زاد المعاد: ٤ / ٣١٤)، و(المعجم الوسيط: ١ / ٣٩٤).

(٢) **الضَّيْمُران**: الريحان الفارسي، وهو: شاه اسْبَرم (نهاية المطلب: ١٨ / ٤١٦).

وقال العلَّامة ابن القيم في (زاد المعاد: ٤ / ٣١٥): الريحان الفارسي، هو الذي يسمَّىٰ الحَبَق». وانظر: (مغني المحتاج: ٤ / ٣٤٢)، و(المعجم الوسيط: ١ / ٥٦٤)، وتحرَّف في (المهذب: ٤ / ٥٠٧): «الضيمران» إلىٰ «الضميران».

(٣) **البنفسج**: وزان سَفَرْجَل: نبات زهري، يزرع للزينة، وأزهاره عطرة الرائحة. انظر: (المصباح ص: ٦١)، و(المعجم الوسيط: ١ / ٧٤).

(٤) **الياسَمين**: جُنَيْبَةٌ من الفصيلة الزيتونية، والفصيلة الياسمينية، تزرع لزهرها، ويستخرج دهن الياسمين من زهر بعضِ أنواعها (المعجم الوسيط: ٢ / ١١٠٨)، وانظر: (المصباح ص: ٥٥٩).

(٥) **النَّرْجس**: نبت من الرياحين، وهو من الفصيلة النرجسية، ومنه أنواع تزرع لجمَالِ زهرها وطيب رائحته، وزهره تشبَّهُ بها الأعين (المعجم الوسيط: ٢ / ٩٤٩)، وانظر: (المصباح: ر ج س).

(٦) **المَرْزَنجوش**: ويقال: مزرنجوش، ومَرْدَقُوش: بقل عشبي زراعي طبي من الفصيلة الشفوية، عربيَّتُهُ: السَّمْسَق. انظر: (البيان: ١٠ / ٥٤٧)، و(المعجم الوسيط: ٢ / ٨٩٦).

(٧) **الزَّعفران**: نبات قُرْميٌّ معمَّر، منه أنواع برية، ونوع صيفي طبي مشهور (المعجم الوسيط: ١ / ٤٠٨).

ولو حلفَ: لا يَشَمُّ مَشْموماً، حَنِثَ بشمٍّ جميع ذٰلك، ولا يحنَثُ بشمِّ المِسْكِ[١]، والكافُورِ[٢]، والعُودِ[٣]، والصَّنْدَلِ[٤].

ولو حلف: لا يَشَمُّ الوردَ، والبَنَفْسَجَ، فشمَّهما بعد الجَفَاف، فوجهانِ، ولا يَحْنَثُ بِشَمِّ دُهْنِهما.

ولو حلف: لا يستخدمُ زيداً، فخدَمهُ مِنْ غَيرِ أَنْ يطلبَ الحالِفُ ذٰلك، لم يَحْنَثْ، سواءٌ فيه عبدُهُ وغيرُهُ.

ولو حلفَ: لا يتسرَّىٰ فثلاثة أوجُهٍ:

الأصح المنصوصُ: أَنَّ التسرِّي إنما يحصُلُ بثلاثة أشياءٍ: سَتْرُ الجارية عن أعيُنِ الناسِ، والوطءُ، والإنزالُ.

والثاني: يكفي السترُ والوطءُ.

والثالث: يكفي الوطءُ.

ولو حلفَ: لا يقرأُ القرآنَ، فقرأ جُنُباً، حَنِثَ.

وإن حلفَ: ليقرأَنَّ، فقرأَه جُنباً، بَرَّ، بخلافِ ما لو نذر أَنْ يقرأ، فقرأ جُنُباً، لا يجزئُهُ؛ لأن المقصودَ من النذر التقرُّبُ، والمعصيةُ لا يتقرَّبُ بها. ولو حلف: ليقرأَنَّ جُنُباً، بَرَّ بالقراءةِ جنباً، وإنْ عصىٰ.

ولو نَذَر أَنْ يقرأ جُنُباً، لغا نذرُهُ.

فَرْعٌ: في « فتاوىٰ القَفَّالِ »[٥] أنه لو قال: لا أُصلِّي علىٰ هـٰذا المُصَلَّىٰ، ففرش

---

(١) **المسك**: هو الطيبُ المعروف، والعرب تسميه: المشموم، وهو عندهم أفضل الطيب. انظر: (تهذيب الأسماء واللغات: ٣ / ٥٨٧)، و(المصباح: م س ك).

(٢) **الكافور**: شجر من الفصيلة الغاريَّة، يتخذ منه مادة شفافة. بِلُّوريَّة الشكل يميل لونها إلىٰ البياض، رائحتها عطرية، وطعمها مُرٌّ، وهي المعروفة بالكافور، وهو أصناف كثيرة (المعجم الوسيط: ٢ / ٨٢٣).

(٣) **العُود**: ضَرْبٌ من الطيب، يُتَبَخَّر به (المعجم الوسيط: ٢ / ٦٥٨).

(٤) **الصَّنْدل**: شجر خشبُهُ طيب الرائحة، يظهر طيبه بالدلك أو بالإحراق، ولخشبه ألوان مختلفة: حمر وبيض وصفر (المعجم الوسيط: ١ / ٥٤٥).

(٥) **القفَّال**: هو المَرْوزيُّ الصغير، عبد الله بن أحمد.



فوقَه ثوباً، وصلَّىٰ عليه؛ فإنْ نوىٰ أنه لا يباشِرُهُ بقدَميه وجبهتِهِ وثيابِهِ، لم يَحْنَثْ، وإلَّا فيحنَثُ، كما لو قال [١٢٢١ / أ]: لا أصلِّي في هـٰذا المسجد، فصلَّىٰ علىٰ حصيرٍ فيه، وإنْ علَّقَ به الطلاقَ، ثم قال: أردْتُ أني لا أباشِرُهُ، دُيِّنَ، ولم يُقْبَلْ في الحكم.

وأنه لو حلفَ: لا يكلِّم زيداً شهراً، فولَّاه ظهره، ثم قال: يا زيدُ! افعَلْ كذا، حَنِثَ.

ولو أقبلَ علىٰ الجدار، وقال: يا جدارُ! افعَلْ كذا، لم يَحْنَثْ، وإنْ كان غرضُهُ إفهامَ زيدٍ. وكذا لو أقبلَ علىٰ الجدار وتكلَّم ولم يقل: « يا زيدُ » ولا « يا جدارُ »، لم يَحْنَثْ.

وأنه لو حلفَ: لا يلبس ثوباً من غَزْلها، فرقعَ ثوبَه برقعةِ كِرْبَاسٍ[1] مِنْ غَزْلها، حَنِثَ، وقال أبو عاصِم العَبَّادِيُّ: لا يحنَثُ، وتلك الرقعةُ تَبَعٌ.

قلتُ: قولُ أبي عاصمٍ هو الصحيحُ؛ لأنه لا يسمَّىٰ لابساً ثوباً مِنْ غزلها. **وٱللهُ أعلمُ.**

ولو تَعَمَّمَ بِعمامة نُسجَتْ من غزلها، حَنِثَ إنْ حلفَ بالعربيَّة، وإنْ حلف بالفارسية، فلا، وإنِ التحفَ بلِحاف من غَزلها، لم يَحْنَثْ.

قلتُ: يجيء فيه الخلافُ السابقُ في التدثُّر. **وٱللهُ أعلمُ.**

وأنه لو حلف: لا يفعلُ كذا، ففعلَه في حال جُنونه، ففي الحِنْثِ قولانِ.

فَرْعٌ: في « المُبْتَدأ » في الفقه للقاضي الرُّوياني: أنه لو قال: لا أدخلُ حانوتَ فلانٍ[2]، فدخل الحانوتَ الذي يعملُ فيه، وهو ملكُ غيره، لم يَحْنَثْ، هـٰكذا[3] نصَّ عليه الشافعي رَحِمَهُ ٱللهُ.

---

(١) الكِرْبَاس: ثوب غليظ من القطن (المعجم الوسيط: ٢ / ٨١٢).

(٢) فلان: كناية عن علمٍ لمن يعقل، ومعناه: واحدٌ من الناس، كما أنَّ (فُلُ) كناية عن نكرة من يعقل. تقول: يا فُلُ، معناه: يا رجلُ، وهو محذوف النون لا علىٰ سبيل الترخيم، ولو كان ترخيماً، لقالوا: يا فُلا، وربما قيل ذٰلك في غير النداء للضرورة قال أبو النجم [الرجز]:

فـي لجـة أمسـك فـلانـاً عَـنْ فُـلِ

انظر: (النجم الوهَّاج: ١٠ / ٨٣).

(٣) كلمة: « هـٰكذا » ساقطة من المطبوع.

قال : والفتوىٰ : أنه يَحْنَثُ ؛ لأنه لا يرادُ به إلَّا الذي يسكنُهُ ، ويعملُ فيه .

ولو قيل له : كلّم زيداً اليومَ ، فقال : وٱللهِ ! لا كلَّمتُهُ ، انعقدتِ اليمينُ علىٰ الأبدِ إلَّا أَنْ ينويَ اليومَ ، فإِنْ كان ذلكَ في طلاقٍ ، وقال : أردتُ اليومَ ، لم يقبَلْ في الحُكم .

قلتُ: الصوابُ قَبُولُهُ في الحُكْمِ ، كما سبقَ في نظائره في « كتاب الطلاق » . **وٱللهُ أعلمُ** .

فَرْعٌ: في « كتب أصحاب أَبِي حنيفةَ رحمهم ٱلله » : أنه لو قال : وسُلطانِ ٱللهِ ! فهو يمينٌ ؛ إنْ أرادَ القُدْرَةَ ، وإِنْ أراد المقدورَ ، فلا ، وبه نقولُ نحن .

وأنه لو قال : ورحمةِ ٱللهِ وغضبِهِ ، فليس بيمين ، ويشبهُ أَنْ يقال : إِنْ أرادَ إرادةَ النعمةِ والعُقوبة فيمينٌ ، وإِنْ أرادَ الفعلَ ، فلا .

وأنه لو حلفَ : ليضربَنَّ زوجتَه حتَّىٰ يُغشىٰ عليها ، أو تبولَ ، حُمل علىٰ الحقيقة .

ولو قال : حتَّىٰ أقتلَها أو ترفعَ ميتةً ، حُملَ علىٰ أشدِّ الضَّرْب ، ويظهرُ علىٰ أصلنا الحملُ علىٰ الحقيقة أيضاً .

وأنه لو حلفَ : لا يدخلُ هـٰذه الخيمةَ ، فقلعَتْ ونُصبَتْ في موضع آخَرَ ، فدخلَها ، حَنِثَ .

ولو حلف : لا يجلس علىٰ هـٰذه الأُسطوانَةِ ، أو الحائِط ، فأعيدَ بناؤُهما بعد النقض ، فجلسَ علىٰ المُعادِ ، لم يَحْنَثْ . وكذا لو حلفَ علىٰ مِقَصٍّ ، أو سيفٍ ، أو سكين فكسرَ ، وأعيدَت الصنعةُ ، لم يَحْنَثْ . وإِنْ نزعَ مِسمار المِقَصِّ ، ونصابَ السكين ، وأعيدَ مسمارٌ آخَرُ ، ونِصابٌ آخَرُ ، حَنِثَ .

ولو حلف : لا يقرأ في المصحفِ فجعلَ بين يديه ، وقُلبت أوراقُهُ ، فقرأَ فيه ، حَنِثَ .

ولو حلف : لا يدخلُ هـٰذا المسجدَ ، فزيدَ فيه ، فدخلَ الزيادةَ ، حَنِثَ .

ولو حلف : لا يكتبُ بهـٰذا القلمِ ، فكسرَهُ ، ثم بَرَاهُ ، وكتب به ، لم يَحْنَثْ وبجميعِ هـٰذه الأجوبةِ نقولُ إلَّا في « مسألة القلم » .

قلتُ: في موافقتهم في مسألة زيادةِ المسجدِ، نَظَرٌ، وينبغي أَنْ لا يحنثَ بدخولها؛ لأن اليَمين لم يتناولها حالةَ الحَلفِ. وأما قول الإمام الرافعيِّ[1]: إنا نخالفهم في مسألة القَلمِ، فليس كما قالَ؛ بل مذهبُنا فيها كما ذكروه؛ قال القاضي أبو الطيِّب في كتاب الصلح من « تعليقه »: ولو حلف [١٢٢١ / ب] لا يكتبُ بهـٰذا القلم وهو مَبْرِيٌّ، فكسره، ثم بَراه، وكتب به، لم يَحْنَثْ، وإن كانت الأُنبوبةُ واحدةً؛ لأن القلمَ اسمٌ للمَبْرِيِّ دون القَصَبَةِ؛ وإنما تُسَمَّىٰ القصبةُ قبلَ البَرْيِ قَلَماً مجازاً؛ لأنها ستصير قَلَماً.

قال: وكذا إذا قال: لا أقطَعُ بهذِهِ السِّكّين[2]، فأبطل حدَّها، وجعله في ظهرها، وقطع بها، لم يَحْنَثْ.

قال: ولو حلفَ: لا يستندُ إلىٰ هـٰذا الحائِط، فهدمَ، ثم بُني واستند؛ إن بني بتلك الآلة، حَنِثَ، وإنْ أُعيد بغيرها، أو ببعضِها، لم يَحْنَثْ. **وٱللهُ أعلمُ**.

وأنه لو حلف: لا يأكلُ من كسبِ زيدٍ، فَكَسْبُهُ: ما يتملَّكُهُ من المُباحات، وبالعقود[3] دون ما يرثُهُ.

ولو كسبَ شيئاً، ومات، فورثه الحالِفُ وأكلَه، حَنِثَ، ولو انتقلَ إلىٰ غيره بشراءٍ، أو وصيَّةٍ، لم يَحْنَثْ. ولكَ أَنْ لا تفرِّق، ويشترطُ لكَسْبِهِ أَنْ يكون باقياً في مِلْكه.

وأن الحَلْواءَ: كُلُّ حُلْوٍ ليس في[4] جنسه حامِض، كالخَبِيص[5]، والعَسَل، والسُّكَّر، دون العِنَبِ والإِجَّاص، والرُّمَّانِ، والأشبهُ أن يُشترطُ في إطلاق الحُلْو أَنْ يكون معمولاً، وأن يخرجَ منه العسلُ والسكرُ، فالحَلْواءُ غيرُ الحُلْوِ.

---

(١) انظر: (فتح العزيز: ١٢ / ٣٥١).
(٢) في المطبوع: « بهـٰذا السكين ». قال المصنف في (تهذيب الأسماء واللغات: ٣ / ٢٦٥): « السكيّن معروفٌ. قال أبو جعفر النحاس في كتابه: (صناعة الكُتَّاب ص: ١٠٣ ـ ١٠٤): حكي عن الأصمعيِّ؛ أن السكين مذكَّر، وزعم الفرَّاء أنه يذكَّر ويؤنث ».
(٣) في المطبوع: « العقود » غلط.
(٤) في المطبوع: « مِنْ ».
(٥) **الخبيص**: الحلواءُ المخبوصة من التمر والسمن (المعجم الوسيط: ١ / ٢٢٣).

قلتُ: هٰذا الذي اختاره الرافعيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ هو الصواب، وفي الحديث الصحيح: « كان يُحبُّ الحَلْواءَ والعَسَلَ »[١]. **واللهُ أعلمُ**.

قال العَبَّاديُّ من أصحابنا في « الرَّقْم »: لو حلف علىٰ الحَلْواء، دخل فِيه المُتَّخَذُ من الفانيذ[٢]، والسُّكر، والعَسَلِ، والدِّبْسِ[٣]، والقَنْدِ[٤]، وفي اللَّوْزِيْنَجِ[٥] والجَوْزِيْنَجِ[٦] وجهان.

وأن الشِّواءَ يقَعُ علىٰ اللحمِ خاصَّةً دونَ السمَك المشويِّ.

وأن الطَّبِيخَ يقعُ علىٰ اللَّحْمِ يُجعل في الماء، ويُطبخُ، وعلىٰ مرقته[٧].

وعن بعضهم: أنه يقع علىٰ الشحم.

ولو طُبِخَ عَدَسٌ أو أَرُزٌّ بِوَدَكٍ[٨]، فهو طَبيخ، وإنْ طُبخ بزيتٍ أو سَمْنٍ، فليس بِطَبيخٍ.

قلت: الصوابُ: أَنْ الكُلَّ طبيخٌ. **واللهُ أعلمُ**.

وذكر العبَّاديُّ[٩] في « الرَّقْم » أنه لو حلف: لا يأكلُ المَرَقَ، فهو ما يُطبخ

---

(١) أخرجه البخاري (٥٢٦٨)، ومسلم (١٤٧٤ / ٢١) من حديث السيدة عائشة أم المؤمنين.
وقال المصنف في (شرح صحيح مسلم: ١٠ / ٧٧): « قال العلماء: المرادُ بالحَلْواء ـ هنا ـ: كلُّ شيءٍ حُلْوٍ، وذكر العسل بعدها؛ تنبيهاً علىٰ شرافته، ومزيته، وهو من بابِ ذكر الخاصِّ بعد العام، والحَلْواءُ بالمدِّ، وفيه جواز أكل لذيذ الأطعمة، والطيبات من الرزق، وأن ذٰلك لا ينافي الزهد والمراقبة، لا سيِّما إذا حصل اتفاقاً ». وانظر: (الفتح: ٩ / ٣٧٨ ـ ٣٧٩).

(٢) **الفانيذ**: نوعٌ من الحلوىٰ يعملُ من القَنْد (عسل قَصَب السكَّر إذا جمد)، والنشاء، وهي كلمة أعجمية (المصباح: ف ن ذ).

(٣) **الدِّبس**: عصارة الرُّطب (المصباح: د ب س).

(٤) **القَنْد**: عَسَل قصب السكَّر إذا جمد (المعجم الوسيط: ٢ / ٧٩١). وقال في « المصباح »: القَنْدُ: ما يُعمل منه السكَّر، فالسكَّر من القَنْدِ كالسَّمْن من الزُّبد، ويقال: هو معرَّب ».

(٥) **اللَّوْزِيْنَج**: من الحلواء: شبه القطائف، يؤدم بدهن اللَّوز (المصباح: ل و ز).

(٦) **الجَوْزِيْنَج**: القطائف المحشوَّة بالجوز. انظر: (مغني المحتاج: ٤ / ٣٣٩).

(٧) في المطبوع: « مرقتها »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٢ / ٣٥٢).

(٨) **الوَدَك**: بفتحتين: دَسَم اللحم والشحم، وهو ما يتحلَّبُ من ذٰلك (المصباح: و د ك).

(٩) **العبَّاديُّ**: هو أبو الحسن، وَلَدُ الشيخ أبي عاصمٍ العَبَّاديِّ.

باللَّحم، أيَّ لحمٍ كان، وفيما يطبَخُ بالكَرِشِ[١]، والبُطونِ، والشَّحْمِ وجهانِ.

وإذا حلفَ: لا يأكلُ المطبوخَ، حَنِثَ بما طُبخَ بالنار، أو أُغْلِيَ، ولا يحنَثُ بالمشويِّ. والطَّبَاهِجَةُ[٢] مشويَّة، ويحتملُ غيره.

وذكروا أن الغداءَ: من طلوع الفجر إلىٰ الزوالِ، والعَشَاء: من الزوالِ إلىٰ نصفِ الليلِ، والسُّحُور: ما بين نصفِ الليل وطلوعِ الفَجْر.

ومقدارُ الغَداءِ والعَشَاء، أَنْ يأكلَ أكثرَ من نصفِ شِبَعِهِ.

ولو حلفَ: ليأتينَّه غَدوةً، فهي ما بعدَ[٣] طلوعِ الفجر إلىٰ نصفِ النهار، والضحوةُ بعد طُلوعِ الشمسِ مِنْ حين تزول كراهةُ الصلاةِ إلىٰ نصفِ النهار، والصباحُ ما بعدَ طلوعِ الشمس إلىٰ ارتفاعِ الضحىٰ، وقد يتوقَّفُ في كونِ العشاء من الزوالِ، وفي مقدارِ الغَداءِ والعَشَاء، وفي امتدادِ الغدْوة إلىٰ نصفِ النهار، وفي أَنَّ الضَّحْوة من الساعةِ التي تَحِلُّ فيها الصلاةُ.

وأنه لو حلف: لا يكلِّمه، فنبَّهه من النوم، حَنِثَ، وإنْ لم ينتبِهْ، وهـٰذا غيرُ مقبول.

ولو دَقَّ المحلوفُ عليه البابَ، فقال: مَنْ هـٰذا؟ حَنِثَ، وينبغي أَنْ يفرَّقَ بين علمه به، وجهلِهِ.

وأنه لو قال: لا أكلِّمهُ اليومَ، ولا غداً، لم تدخلِ الليلةُ المتخلّلة في اليمين.

ولو قال: [١٢٢٢ / أ] لا أكلمه اليومَ وغداً، دخلَتْ، والصوابُ: التسويةُ.

قلتُ: يعني: في عدمِ الدخولِ، وهـٰذا إذا لم يَنْوِ مواصَلَةَ الهِجْرانِ. **واللهُ أعلمُ**.

ولو قال: لا أكلِّمه يوماً، ولا يومَين، فاليمين علىٰ يومين، فلو كلَّمه في

---

(١) **الكَرِش**: بفتح الكاف وكسر الراء، ويجوز إسكانها مع كسر الكاف وفتحها، وهي من الحيوان كالمَعِدَة للإنسان، وهي مؤنثة، وجمعها في القلَّة: أكراش، وفي الكثرة: كروش (النجم الوهَّاج: ١٠ / ٥٦).

(٢) **الطَّبَاهجة**: فارسيٌّ معرَّب: ضرب من قلي اللحم (اللسان: طبهج)، وجاء في (القاموس والتاج): « الطَّباهِجة: اللَّحْمُ المُشَرَّح ».

(٣) في المطبوع: « ما بين » بدل: « ما بعد ».

الثالث، لم يَحْنَثْ، وهٰكذا ذكره أبو الحَسنِ العَبَّادِيُّ من أصحابِنا. ولو قال: يوماً ويومين، فاليمينُ علىٰ ثلاثة.

وأنه لو حلف: ليهدِمَنَّ هٰذه الدارَ، فهدَمَ سقوفَها، بَرَّ، ويجوزُ أَنْ يقال: يشترطُ أن لا يبقىٰ ما يُسمَّىٰ داراً.

ولو حلف: ليهدِمَنَّ هٰذا الحائط[1]، أو لينقضَنَّهُ، اشترطَ هَدْمهُ، حتىٰ لا يبقىٰ منه ما يُسَمَّىٰ حائطاً.

ولو حلف: ليكسرَنَّه، لم يشترطْ ما يزيل اسمَ الحائطِ.

فَرْعٌ: حلف: لا يزورُه حَيّاً ولا ميتاً، فشَيَّع جَنازَته، لم يَحْنَثْ.

وفي « فَتاوىٰ الغَزالي » أنه لو حلف: لا يُدخِلُ داره صُوفاً، فأدخلَ[2] كبشاً عليه صوف، أو لا يُدْخلها بيضاً، فأَدخلَها دجاجةً، فباضَت في الحال، لم يحنَثْ.

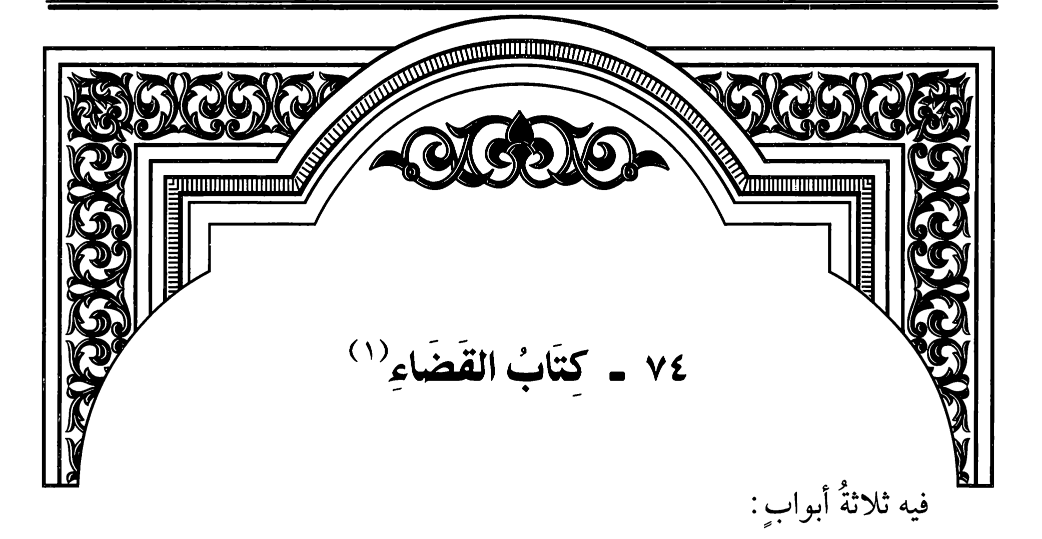
وأنه لو حلف: لا يقعدُ معه تحتَ سَقْفٍ، فقعدا تحت أَزَجٍ[3] حَنِثَ.

وأنه لو حلف: لا يُفْطرُ، فمطلقُ هٰذا ينصرفُ إلىٰ الأكلِ، والجِماعِ، ونحوِهما، ولا يحنَثُ بالردَّةِ، والجنونِ، والحَيض، ودخولِ الليلِ.

وبٱللهِ التوفيقُ.

---

(١) في المطبوع زيادة: « اليوم »، ليست في الأصول الخطية، ولا في (فتح العزيز: ١٢ / ٣٥٣).
(٢) في المطبوع زيادة: « داره »: ليست في الأصول الخطية، ولا في (فتح العزيز: ١٢ / ٣٥٤).
(٣) **أَزَج**: الأَزَج محركةً: بيتٌ يبنىٰ طولاً، ويقال: الأَزجُ: السقفُ (المصباح: أزج).



٧٤ ـ كِتَابُ القَضَاءِ[(١)]

فيه ثلاثةُ أبوابٍ:

الأول: في التوليةِ والعزل، وفيه طرفانِ.

الأول: في التولية، وفيه مسائلُ.

الأولىٰ: القضاءُ والإمامة فَرْضَا[(٢)] كفايةٍ بالإجماع، فإنْ قامَ بهِ مَنْ يصلُحُ، سقط

---

(١) في (فتح العزيز: ١٢ / ٤٠٥): « كتاب أدب القضاء » بدل: « كتاب القضاء ». والقضاءُ لغةً: لفظ مشترك له عدة معانٍ، أهمُّها:

أولاً: الحكم والإلزام، ومنه قوله تعالىٰ: ﴿ ۞ وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوٓاْ إِلَّآ إِيَّاهُ وَبِٱلْوَٰلِدَيْنِ إِحْسَٰنًا ﴾ [الإسراء: ٢٣]، أي: حكمَ وألزم. والقاضي يوجبُ الحكم علىٰ المحكوم عليه.

ثانياً: الفراغ والانتهاء من الشيء، يقال: قضىٰ حاجته: إذا فرغ منها، ومن ذٰلك قوله تعالىٰ: ﴿ فَوَكَزَهُۥ مُوسَىٰ فَقَضَىٰ عَلَيْهِ ﴾ [القصص: ١٥]؛ أي: قتله وفرغ منه وانتهىٰ، والوَكْزُ: الضربُ بِجُمع الكف. والقاضي ينهي الأمر ويفرغ منه.

ثالثاً: الأداء والإنهاءُ، ومنه: قضىٰ دينه، أي: أدَّاه، وأنهىٰ ما عليه، ومنه قوله تعالىٰ: ﴿ وَقَضَيْنَآ إِلَيْهِ ذَٰلِكَ ٱلْأَمْرَ ﴾ [الحِجر: ٦٦]؛ أي: أدَّينا إليه، وأنهينا إلىٰ علمه.

رابعاً: الصنع والتقدير، يقال: هـٰذا شيء قضاه؛ أي: صَنَعَهُ، ومنه قوله تعالىٰ: ﴿ فَقَضَىٰهُنَّ سَبْعَ سَمَٰوَاتٍ فِى يَوْمَيْنِ ﴾ [فصِّلت: ١٢]، أي: صنعها وقدَّرها.

وسُمِّي حُكْماً لما فيه من منع الظالم من الظلم، ومنه: الحكمة التي توجبُ وضع الشيء في محلِّه، أو من إحكام الشيء، مأخوذٌ من حكَمة اللجام؛ لمنعها الدابة.

والقضاء شرعاً: فَصْلُ الخصومة بحكم الله تعالىٰ. انظر: (تهذيب الأسماء واللغات: ٣ / ٥١٠)، و(النجم الوهَّاج: ١٠ / ١٣٣ ـ ١٣٤)، و(المعتمد: ٥ / ٣٦٩ ـ ٣٧٠)، و(فتح العزيز: ١٢ / ٤٠٥ ـ ٤٠٨)، و(مغني المحتاج: ٤ / ٣٧١ ـ ٣٧٢).

(٢) في المطبوع: « فرض »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٢ / ٤٠٩).

الفرضُ عن الباقين، وإِنِ امتنعَ الجميعُ، أَثِموا، وأَجبرَ الإمامُ أحدَهم علىٰ القضاء.

وقيل: لا يجبرُ، والصحيح: الأولُ.

ثم مَنْ لا يصلُح للقضاء تحرمُ توليتُهُ، ويحرمُ عليه التولِّي والطلبُ.

وأما مَنْ يصلُح، فله حالانِ.

أحدهما: أَنْ يتعيَّن للقضاء، فيجبُ عليه القَبولُ، ويلزمُهُ أَنْ يطلبَهُ، ويشهرَ نفسَه عند الإمامِ إِنْ كان خامِلاً[1]، ولا يعذَرُ بأَنْ يخافَ ميلَ نفسِه وخيانَـتَها؛ بل يلزمُهُ أَنْ يقبلَ ويحترِزَ؛ فإِنِ امتنعَ، عَصَىٰ، وهل يجبرُ؟ وجهان.

الصحيح: نَعَمْ، وبه قال الأكثرونَ، كما يجبرُ علىٰ القيامِ بسائر فروضِ الكفاية عند التعيُّن، فإن قيل: امتناعُهُ مِنْ هـٰذا الواجبِ المتعينِ المتعلِّق بالمصالح العامة، يشبه[2] أَنْ تكونَ كبيرةً، فيفسقُ به، ويخرج عن الأهليَّة، فكيف يُوَلَّىٰ ويجبَرُ؟! فالجوابُ: أنه يمكنُ أَنْ يقالَ: إنه يؤمَرُ بالتوبة أَوَّلاً، فإذا تابَ، وُلِّيَ.

قلتُ: وينبغي أَنْ يقال: لا يفسقُ؛ لأنه لا يمتنع غالباً إلَّا متأَوِّلاً، وهـٰذا ليس بعاصٍ قطعاً، وإِنْ كان مُخطئاً. **واللهُ أعلمُ.**

الحالُ الثَّاني: أَنْ يكونَ هناك غيرُهُ مِمَّنْ يَصْلُحُ؛ فذٰلك الغيرُ إمَّا أن يكون أصلحَ، وأولىٰ منه، وإِمَّا مثلَهُ، وإِمَّا دونَه؛ فإن كان أَصلحَ منه، بُني علىٰ أَنَّ الإمامَةَ العظمىٰ هل تنعقدُ للمفضولِ مع وجودِ الفاضِلِ؟ وفيه خلاف للمتكلِّمين، والفقهاءِ، والأصحُ: الانعقادُ؛ لأن تلك الزيادةَ خارجةٌ عن شرط الإمامة. وفي القضاءِ خلافٌ مرتَّب، وأَوْلىٰ بالانعقاد؛ فإنْ لم نُجَوِّزْ للمفضولِ القضاءَ حرمَتْ توليتُهُ، وحرمَ عليه [١٢٢٢ / ب] الطلبُ والقَبولُ، وإِنْ جَوَّزناه، جازَ القَبولُ. وأَمَّا الطلبُ، فمكروهٌ، وقيل: حرام.

وإن كان الأصلحُ لا يتولَّىٰ، فهو كالمعدوم، وأَمَّا إذا كان [هناك][3] مثلُهُ، فله القَبولُ، ولا يلزمُهُ علىٰ الأصحِّ، فربَّمَا قام به غيرُهُ.

---

(١) **خاملاً**: أي: غير مشهور بين الناس (مغني المحتاج : ٤ / ٣٧٤).

(٢) في المطبوع: « ويشبه »، « الواو » مقحمة.

(٣) ما بين حاصرتين ساقط من (ظ).



وأما الطلبُ؛ فإنْ كان خامِلَ الذِّكرِ، ولو تولَّىٰ، اشتهرَ، وانتفعَ الناسُ بعلمه، استحبَّ له الطلبُ علىٰ الصحيح، وقال القَفَّالُ: لا يستحبُّ.

وإنْ كان مشهوراً ينتفعُ الناسُ بعلمه؛ فإنْ لم يكن له كفايةٌ، ولو وليَ، حصلَتْ كفايَتُهُ من بيت المال، قال الأكثرون: يستحبُّ، وقيل: لا يستحبُّ، ولا يكرَهُ.

وإنْ كان له كِفاية، فالصحيحُ أَنْ الطلبَ مكروه، وقيل: الأَوْلىٰ تركُهُ.

ثم كما يكره [الطلب] والحالةُ هـٰذه يكرَهُ القَبولُ، ولو ولي بلا طلب، وعلىٰ هـٰذا حُمِلَ امتناعُ السَّلَفِ.

وإنْ كان هناك مَنْ هو دونه؛ فإنْ لم نجوِّزْ توليةَ المفضولِ، فقد تعيَّنَ عليه، وإنْ جوَّزْناها، استحبَّ له القَبولُ. وفي الوجوبِ الوجهانِ، ويستحبُّ له الطلبُ إذا وَثِقَ بنفسه، وهـٰكذا حيثُ استحببنا الطلبَ والتولِّي، أو أَبحناهما[1]، فذٰلك عند الوُثوق، وغلبة الظن بقوة النفس، وأَمَّا عند الخوف، فَيحْتَرِز.

فَرْعٌ: هـٰذا[2] التفصيل الذي ذكرناهُ[3] فيما إذا لم يكن هناك قاضٍ مُتول؛ فإن كان، نُظِرَ:

إن كان غيرَ مستحقٍّ؛ بِجَور[4]، أو جهلٍ، فهو كما لو لم يكُنْ، وإنْ كان مستحقّاً والطالبُ يَرُوم عزلَهُ، فالطلَبُ حَرام، والطالبُ مجروحٌ، ذكره الماوَرْدِيُّ.

قلتُ: وسواء كان فاضِلاً أو مفضولاً إذا صحَّحْنا توليةَ المفضولِ. **وٱللهُ أعلمُ**.

فَرْعٌ: ما ذكرناه هو حكمُ الطلَبِ بلا بَذْل، فلو بَذَلَ مالاً ليتولَّىٰ، فقد أطلقَ ابْنُ القاصِّ[5]، وآخرون: أنه حَرام وقَضَاؤُه مردودٌ، والصحيحُ تفصيلٌ ذكره الرُّوياني وهو أنه إنْ تعيَّن عليه القضاءُ، أو كان ممن يُستحبُّ له، [فله] بذل المال، ولـٰكنَّ الآخِذَ ظالم بالأَخْذِ، وهـٰذا كما إذا تعذَّرَ الأمرُ بالمعروفِ إلَّا ببذْلِ مالٍ.

---

(١) في (فتح العزيز: ١٢ / ٤١٣): « أوجبناهما ».

(٢) كلمة: « هـٰذا » ساقطة من المطبوع.

(٣) في المطبوع: « ذكرنا ».

(٤) في (أ)، والمطبوع: « لجور »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٢ / ٤١٣).

(٥) هو أبو العباس، أحمد بن القاصِّ، سفلت ترجمته.

وإن لم يتعيَّن، ولم يكن مستحبّاً، جاز[١] له بذلُ المال ليُولَّىٰ[٢]، ويجوزُ له البذلُ بعد التولية؛ لئَلَّا يُعْزَلَ، والآخذُ ظالمٌ بالأَخْذِ.

وأمَّا بذلُ المالِ؛ لعَزْل قاضٍ؛ فإنْ لم يكن بصفةِ القُضاةِ، فمستحبٌ؛ لما فيه من تخليص الناس [منه و] لٰكن أخذه حرامٌ علىٰ الآخِذ، وإِنْ كان بصفتهم، فحرامٌ. فإِنْ فعلَ، وعُزِلَ الأولُ، ووُلِّيَ الباذِلُ، قال ابْنُ القاصِّ: توليتُهُ باطلة، والمعزولُ علىٰ قضائه؛ لأن العزلَ بالرِّشْوة حرام، وتوليةُ المرْتشِي[٣] والراشي[٤] حرامٌ، وليكُنْ هٰذا عند تمهُّدِ الأصولِ الشرعيَّة؛ فأمَّا عند الضروراتِ، وظهورِ الفِتَنِ، فلا بُدَّ من تنفيذِ العَزْلِ والتوليةِ جميعاً، كتولية البغاة.

فَرْعٌ: طرقُ الأصحاب متفقةٌ علىٰ أَنَّ النظَرَ في تعيُّنِ الشخصِ للقضاءِ وعدمِ تعيُّنه إلىٰ البلدِ والناحية، لا غَيْرُ[٥]، ومقتضاه أنه لا يجبُ علىٰ مَنْ يصلحُ للقضاءِ طلبُ القضاءِ ببلدة أخرىٰ ليس بها صالح، ولا قَبولُهُ إذا وُلِّيَ، ويجوزُ أَنْ يفرّقَ بينه وبين القيام بسائر فروض الكفاية المَحوجَةِ إلىٰ السفَرِ؛ كالجهادِ، وتعلُّمِ العلم، ونحوِهما بأَنَّ[٦] تلك يمكن القيام بها، والعَوْدُ إلىٰ الوطن، وعملُ القضاء [١٢٢٣ / أ] لا غايةَ له.

المسألةُ الثانيةُ: في صفاتِ القاضي والمفتي، وفيها فَصْلانِ:

الأول: في صفاتِ القاضي، وله ثمانيةُ شروط.

أحدها: الحريةُ.

والثاني: الذُّكورة.

---

(١) كذا في الأصول الخطية، والمطبوع: « جاز »، وهو سبق قلم، صوابُهُ ما ورد في (فتح العزيز: ١٢ / ٤١٣ ـ ٤١٤): « لا يجوز »، وقد نَبَّه الخطيب الشربيني علىٰ هٰذا في (مغني المحتاج: ٤ / ٣٧٤)، فقال: « ووقع في الروضة أنه يجوز له بذله ليولَّىٰ، ونسب إلىٰ الغلط ».

(٢) في المطبوع: « ليتولَّىٰ ».

(٣) في المطبوع: « المرشي ».

(٤) في (أ)، و(فتح العزيز: ١٢ / ٤١٤): « الراشي » بدون « الواو ».

(٥) **لا غيرُ**: هو في الأصل مضاف، والأصلُ: لا غَيرُهُ، لٰكن لما قطع عن الإضافة بني علىٰ الضم، مثل: قَبْلُ وبَعْدُ (المصباح: غ ي ر).

(٦) في نسخة بهامش (ظ)، والمطبوع: « فإنَّ ».

والثالث: الاجتهادُ، فلا يجوزُ توليةُ جاهِلٍ بالأحكام الشرعيَّة وطُرقِها، المحتاج إلىٰ تقليد[١] غيره فيها، وإنما تحصل[٢] أهليَّةُ الاجتهاد لمن علم أموراً:

أحدها: كتابُ ٱللهِ تعالىٰ، ولا يشترط العلم بجميعه؛ بل بما[٣] يتعلق بالأحكام، ولا يشترطُ حفظُه عن ظهرِ القلبِ، ومِنَ الأصحابِ مَنْ ينازعُ ظاهر كلامِهِ فيه.

الثاني: سُنَّة رسولِ ٱللهِ ﷺ لا جميعها؛ بل ما يتعلق منها بالأحكام، ويشترطُ أَنْ يعرفَ منها العامَّ والخاصَّ، والمطلقَ والمقيَّدَ، والمُجْمَل، والمُبيَّنَ، والناسِخَ والمنسوخَ. ومن السنَّة: المتواتِرَ والآحادَ، والمُرسَلَ والمتَّصِلَ، وحالَ الرُّواة؛ جَرْحاً وتعديلاً.

الثالث: أقاويل علماءِ الصحابة، ومَنْ بعدَهم، رضي ٱلله عنهم؛ إجماعاً واختلافاً.

الرابع: القياسُ فيعرف جليَّهُ وخفيَّهُ، وتمييز الصحيحِ من الفاسِد.

الخامس: لسانُ العرب؛ لُغَةً وإعراباً؛ لأن الشرعَ ورَد بالعربيَّة، وبهٰذه الجهة يعرفُ عمومَ اللفظ وخصوصَه، وإطلاقَه وتقييدَه، وإجمالَه وبيانَه.

قال أصحابنا: ولا يشترطُ التبحُّر في هٰذه العلوم؛ بل يكفي معرفةُ جُمَلٍ منها، وزاد الغزاليُّ تخفيفات ذكرَها في أُصولِ الفقه.

منها: أنه لا حاجة إلىٰ تتبُّعِ الأحاديثِ علىٰ تفرُّقها وانتشارِها؛ بل يكفي أَنْ يكون له أصلٌ مصحَّحٌ وقعَتِ العنايةُ فيه بجميعِ أحاديثِ الأحكام[٤] كـ: « سنن

---

(١) في نسخة بهامش (ظ): « إليها وتقليد » بدل: « إلىٰ تقليد ».
(٢) في المطبوع: « يحصل ».
(٣) في المطبوع: « مِمَّا ».
(٤) **أحاديث الأحكام**: هي الأحاديث التي عَوَّل عليها الأئمة المجتهدون في استنباطهم للأحكام الفقهية، ومن أشهر الكتب التي جمعت تلك الأحاديث كتاب: « بلوغ المرام » لأمير المؤمنين في الحديث العلامة ابن حجر العسقلاني رَحِمَهُ ٱللَّهُ، وقد أكرمني الله بتحقيقه في طبعة صدرت عن دار المنار بدمشق، ومؤسسة علوم القرآن ببيروت بتقديم العلامة الشيخ عبد القادر الأرناؤوط، طيب الله ثراه، وجعل جنة الفردوس مأواه.

أبي داود »، ويكفي أن يعرفَ مواقعَ كلِّ باب، فيراجعه إذا احتَاج إلىٰ العمل بذٰلك الباب.

قلتُ: لا يصحُّ التمثيل بـ : « سنن أبي داود » فإنه لم يستوعب الصحيحَ من أحاديثِ الأحكام، ولا معظمَه وذٰلك ظاهِر؛ بل معرفته ضرورية لمن له أدنىٰ اطلاعٍ. وكَم في « صحيحي[1] البخاري ومسلم » من حديثٍ حُكمي ليس في « سنن أبي داود »، وأما ما في « كتابَي[2] الترمذي والنسائي » وغيرهما من الكتب المعتمدة؛ فكثرتُهُ وشهرتُهُ غنيَّةٌ عن التصريح بها. **وٱللهُ أعلمُ**.

ومنها: أنه لا يشترطُ ضبطُ جميع مواضِع الإجماعِ والاختلافِ؛ بل يكفي أَنْ يعرفَ في المسألةِ التي يُفتي فيها[3]، أَنَّ قولَه لا يخالِفُ الإجماعَ؛ بأَنْ يعلمَ بأنه[4] وافقَ بعضَ المتقدمين، أو يغلبَ علىٰ ظنه أَنَّ المسألة لم يتكلَّمْ فيها الأولونَ؛ بل تولَّدت في عصره، وعلىٰ هذا قياس معرفةِ الناسِخ والمنسوخ.

ومنها: أَنَّ كُلَّ حديثٍ أجمَع السلفُ علىٰ قَبُوله، أو تواترت عَدَالةُ رُواتِهِ، فلا حاجةَ إلىٰ البحث عن عدالة رُواته، وما عدا ذٰلك ينبغي أَنْ يكتفىٰ في عَدالة رُواته بتعديلِ إمامٍ مشهورٍ عُرفَتْ صحةُ مذهبه في الجَرْح والتعديلِ.

قلتُ: هـٰذه المسألةُ مما أطبقَ جمهورُ الأصحاب عليه، وشَذَّ مَنْ شرطَ في التعديلِ اثنين، وقوله: « تواترت عَدَالةُ رُواته » يعني: مع ضَبْطِهم. ولو قال: أهلية رواته، كان أولىٰ؛ ليشمل العدالةَ والضبطَ. وقوله: « أجمع السلف علىٰ قَبوله » يعني: علىٰ العَمَلِ به، ولا يكفي عملُهم علىٰ وفقه، فقد يعملون علىٰ وَفْقه بغيرِهِ. **وٱللهُ أعلمُ** [١٢٢٣ / ب].

ومنها: أَنَّ اجتمَاع هـٰذه العلوم إنما يشترطُ في المجتهدِ المُطْلَق الذي يفتي في جميع أبوابِ الشرعِ، ويجوزُ أَنْ يكون للعالمِ مَنْصِبُ الاجتهاد في بابٍ دونَ بابٍ، وعَدَّ الأصحابُ من شروط الاجتهادِ معرفةَ أصولِ الاعتقادِ.

---

(١) في المطبوع: « صحيح ».
(٢) في (أ، ظ): « كتاب ».
(٣) في (ظ): « بها ».
(٤) في المطبوع: « أنه ».

قال الغزاليُّ: وعندي أنه يكفي اعتقادٌ جازمٌ، ولا يشترطُ معرفتُها علىٰ طرقِ المتكلِّمين، وبأدلَّتهم التي يحرِّرونها.

الشرط الرابع: البَصَرُ، فلا يصحُّ توليةُ أعمًى، وفي «جَمْع الجوامع» للرُّويانِيِّ وجه: أنه يجوزُ، والصحيح: الأولُ، وبه قطع الجمهورُ، لأنه لا يعرفُ الخصومَ والشهودَ.

الخامِسُ: التكليفُ، فلا يصحُّ توليةُ صَبيٍّ[1].

السادس: العَدَالة، فلا يصحُّ تولية فاسِقٍ، ولا كافِرٍ، ولو علىٰ الكُفَّار.

قال المَاوَرْدِيُّ: وما جرَتْ به عادةُ الوُلاة[2] من نَصْبِ حاكمٍ بين أهلِ الذمة[3]، فهو تقليدُ رئاسةٍ وزَعامة، لا تقليدُ حُكْمٍ وقضاءٍ، ولا يلزمُهم حكمُهُ بإلزامه؛ بل بالتزامِهم.

السابع: أَنْ يكون ناطِقاً، سميعاً، فلا يجوزُ تقليدُ أخرسَ، لا تُعقَلُ إشارَتُهُ، وكذا إِنْ عُقِلَتْ علىٰ الصحيح، ولا أَصَمَّ، لا يسمعُ أصلاً؛ فإنْ كان يسمعُ إذا صيحَ به، جاز تقليدُهُ.

الثامنُ: الكِفاية، فلا يصحُّ قضاءُ مُغَفَّلٍ اخْتَلَّ رأيُهُ ونَظَرُهُ بِكِبَرٍ، أو مرضٍ، ونحوهما. ولا يشترطُ أَنْ يحسنَ الكتابةَ علىٰ الأصح.

ويستحبُّ أَنْ يكونَ وافِرَ العقلِ، حليماً، متثبِّتاً، ذا فِطْنة وتيقُّظٍ، كاملَ الحواسِّ، والأعضاءِ، عالماً بلغة الذين يَقْضي بينهم، بَريئاً من الشَّحْناء والطمَع، صدوقَ اللَّهجةِ، ذا رأيٍ ووفاءٍ، وسَكينة ووقَار، وأن لا يكون جَبَّاراً، يهابُهُ الخُصُوم، فلا يتمكَّنون من استيفاءِ الحُجَّة، ولا ضعيفاً يَستخفُّون به، ويطمعُون فيه، وأَنْ يكون قُرَشيّاً، ورعايةُ العلمِ والتُّقىٰ أَولىٰ من رِعاية النَسبِ.

فَرْعٌ: إِنْ عرفَ الإمامُ أهليَّته ولاَّه، وإلاَّ فيبحثُ عن حاله، فلو وَلَّىٰ مَنْ لم

---

(١) في المطبوع: «الصبيّ».

(٢) في (ظ): «العادة للولاة»، وفي (أ)، والمطبوع: «عادة الولادة»، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٢ / ٤١٧).

(٣) أي: منهم. انظر: (النجم الوهَّاج: ١٠ / ١٤٣).

تجتمِعْ فيه الشروطُ مع العلمِ بحالِهِ، أثم المُتَوَلِّي والمُوَلِّي، ولم يَنْفُذْ قضاؤُه، وإن أصابَ. هٰذا هو الأصلُ في الباب.

قال في « الوسيط »: لٰكن اجتماع هٰذه الشروط متعذِّر في عصرنا؛ لخُلُوِّ العصرِ عن المجتهدِ المستقِلِّ، فالوجْهُ تنفيذُ قضاءِ كُلِّ مَنْ وَلَّاه سلطانٌ ذو شَوْكَةٍ، وإن كانَ جاهِلاً، أو فاسِقاً؛ لئَلَّا تتعطَّلَ مصالِحُ الناس، ويؤيده أنَّا ننفذ[١] قضاءَ قاضي البُغاة لمثلِ هٰذه الضرورةِ، وهٰذا حَسَنٌ، لٰكن في « بعض الشُّروح »: أَنَّ قاضي البغاة إذا كان منهم، وبَغيُهم لا يوجِبُ فِسقاً، كبغي أصحابِ معاويةَ[٢]، رضي ٱلله عنه، جازَ قضاؤُهُ، وإنْ أوجَبَ الفِسْقَ، كبغي أهل النَّهْرَوان[٣]، لم يَجُزْ.

قلتُ: هٰذا المنقولُ عن « بعض الشروح » مشهور، قد ذكره صاحبُ « المهذَّب » وغيرُه، ففي « المهذب »: أن قاضِيَ البغاة إنْ كان مِمَّنْ[٤] يستبيحُ دمَ أهلِ العدلِ، ومالَهم، لم يَنْفُذْ حكمُه؛ لأن شرطَهُ العدالةُ والاجتهادُ، وهٰذا ليس بعَدْل، ولا مجتهدٍ، وقد جزم الرافعيُّ في « المحرَّر » بما ذكره الغزاليُّ، فقال: إن تعذَّرَ اجتماعُ هٰذه الشروط، فولَّىٰ سلطانٌ ذو شوكة [١٢٢٤ / أ] فاسقاً، أو مقلِّداً، نفذَ قضاؤه؛ للضرورة. **وٱللهُ أعلمُ**.

وذكرَ أَنَّ القاضي العادِلَ إذا استقضاهُ أميرٌ باغٍ، أجابَه إليه، ونفذَ قضاؤُه؛ فقد سُئلت عائشةُ رضيَ ٱللهُ عنها عن ذٰلك لمن استقضاهُ زِيادٌ[٥]، فقالت: إنْ لم يَقْضِ

---

(١) في (أ): « نفذنا ».

(٢) **هو معاوية بن أبي سفيان الأموي**: صحابي ابن صحابي، أسلم هو، وأبوه، وأخوه يزيد، وأمه هند بنت عتبة في فتح مكة، شهد مع رسول ٱلله ﷺ حُنيناً، وكان أَحَدَ الكتاب لرسول ٱلله ﷺ، وكان فصيحاً حليماً وقوراً، فقيهاً، ولد بمكة سنة (٢٠) قبل الهجرة، ومكث في الشام عشرين سنة أميراً، وعشرين سنة خليفةً، وهو أحد العظماء الفاتحين في الإسلام. مات بدمشق سنة (٦٠ هـ). انظر: (تهذيب الأسماء واللغات: ٢ / ٢١٦ ـ ٢٢٠)، و(الأعلام: ٧ / ٢٦١ ـ ٢٦٢).

(٣) **أهل النهروان**: هم الخوارج الذين قتلهم سيدنا عليٌّ ـ رضي ٱلله عنه ـ في وقعة النهروان بسبب بغيهم وخروجهم علىٰ إمام العدل، والنهروانُ: مكان بقرب بغداد، ويقع في محافظة دَيَالىٰ، جنوب شرق بغداد. انظر: خبرَ هٰذه الوقعة في (إتمام الوفاء في سيرة الخلفاء ص: ٣٢٦)، وفي (الدولة الأموية للخضري ص: ٤٩٠) كلاهما بتحقيقي.

(٤) في المطبوع: « من ».

(٥) **هو زيادُ بن سُمَيَّة** مولاة الحارث بن كَلَدَة، ويقال له: زياد بن أبيه، وزياد بن أبي سفيان صخر بن حرب، استلحقه معاوية بن أبي سفيان. ولد في الطائف سنة (١) للهجرة، وأدرك النبي ﷺ ولم يره،=

[لهم][١] خيارُكم[٢] قضىٰ شراركم[٣].

فَرْعٌ: مَنْ لا تقبلُ شهادتُهُ من أهل البِدَع ، لا يصحُّ تقليدُه القضاءَ .

قال الماوَرْدِيُّ : وكذا لا يجوزُ تقليدُ مَنْ لا يقول بالإجماع ، ولا[٤] يقول بأخبار الآحاد[٥] ، وكذا حكمُ نفاةِ القِياس الذين لا يقولون بالاجتهادِ أصلاً ؛ بل يتبعون النصوصَ ، فإن لم يجدوا ، أخذوا بقولِ سلفهم ؛ كالشِّيْعَةِ[٦] ؛ فإنْ كانوا مُجتهديْنَ في فَحْوىٰ الكلام ، ويَبنونَ الأحكامَ علىٰ عموم النصوص وإشاراتِها ، جاز تقليدُهم علىٰ الأصحِّ .

الفَصْلُ الثاني: في المُفتي : ومتَىٰ لم يكن في الموضِع إلاَّ واحد يصلُحُ للفتوىٰ ، تعيَّنَ عليه أَنْ يُفْتيَ ، وإِنْ كان هناك غيرهُ ، فهو من فروض الكفاياتِ ، ومع هٰذا فلا يَحِلُّ التسارعُ إليه ، فقد كانت الصحابة رضيَ ٱللهُ عنهم مع مشاهدتهم الوَحْيَ يُحيلُ بعضُهم علىٰ بعضٍ في الفتوىٰ ، ويحترزونَ عن استعمالِ الرأيِ والقيـاسِ ما أمكن[٧] . ثم نتكلَّمُ في ثلاثِ جُمل .

= وأسلم في عهد أبي بكر ، وكان من الدهاة القادة الفاتحين ، والخطباء العظماء ، مات سنة (٥٣ هـ) . انظر : (تهذيب الأسماء واللغات : ١ / ٤٧٧) ، و(الأعلام : ٣ / ٥٣) .

(١) ما بين حاصرتين من المطبوع ، وفي (أ) : « لكم » بدل : « لهم » .

(٢) في (ظ) : « خيارهم » ، المثبت موافق لما في (فتح العزيز : ١٢ / ٤١٩) .

(٣) في (أ ، ظ) : « شرارهم » ، المثبت موافق لما في المصدر السابق . وهٰذا الأثر أورده الحافظ في (التلخيص الحبير : ٤ / ١٨٦ ـ ١٨٧) ، وقال : قال عمر بن شَبَّة في « كتاب السلطان » له : أخبرنا محمد بن حاتم ، أخبرنا إبراهيم بن المنذر ، أخبرنا إبراهيم بن محمد بن عبد العزيز ، عن أبيه ، عن ابن شهابٍ ، عن أبي سلمة بن عبد الرحمٰن ، قال : اجتمعت أنا ونفرٌ من أبناء المهاجرين ، فقلنا : لو رحلنا إلىٰ معاوية ، ثم قلنا : لو استشرنا أُمَّنا عائشةَ ، فدخلنا عليها ، فذكرنا لها العيالَ والدين ، فقالت : سبحان الله ! ما للناس بُدٌّ من سلطانهم . قلنا : إنا نخاف أن يستعملنا ؟ قالت : سبحان الله ! فإذا لم يستعمل خياركم ، يستعمل شراركم » .

(٤) في المطبوع : « أو لا » .

(٥) **أخبار الآحاد**: هي التي لم تصل إلىٰ درجة التواتر .

(٦) **الشيعة** : فرقة كبيرة من المسلمين اجتمعوا علىٰ حُبِّ عليٍّ وآله وأحقيتهم بالإمامة (المعجم الوسيط : ١ / ٥٢٣) .

(٧) قال الحافظ في (التلخيص الحبير : ٤ / ١٨٧) : « أخرجه ابن أبي خيثمة والرَّامَهُرْمُزي من طريق عطاء بن السائب ، سمعت عبد الرحمٰن بن أبي ليلىٰ يقول : لقد أدركتُ في هٰذا المسجد عشرين ومئةً من الأنصار ، ما منهم أحد يحدث إلاَّ وَدَّ أَنَّ أخاه كفاه الحديث ، ولا يسأل عن فُتيا إلاَّ وَدَّ أنَّ أخاه=

إحداها: في المُفتي، فيشترطُ إسلامُهُ، وبلوغُه، وعَدالتُهُ؛ فالفاسِقُ لا تقبل فتواهُ، ويلزمُهُ أَنْ يعملَ لنفسِهِ باجتهادِهِ، ويشترطُ في المفتي أيضاً التيقُّظُ، وقُوَّةُ الضبْطِ، فلا يقبلُ ممن تغلبُ عليه الغَفْلَةُ والسهْوُ، ويشترطُ فيه أهليَّة الاجتهاد، فلو عرفَ العاميُّ مسألةً، أو مسائِلَ بدليلها، لم يكن له أَنْ يُفتيَ بها، ولا لغيره أَنْ يقلِّدَهُ، ويأخذَ بقولِهِ فيها.

وقيل: يجوزُ.

وقيل: إنْ كان نقليّاً، جازَ، وإنْ كان قياسيّاً [١]، فلا، والصحيح: الأولُ.

والعالِم الذي لم يبلُغْ رتبة[٢] الاجتهادِ كالعاميِّ في أنه لا يجوزُ تقليدُهُ على الصحيح.

وموتُ المجتهِد هل يُخرِجُهُ عن أَنْ يقلَّدَ ويؤخَذَ بقوله ؟ وجهانِ.

الصحيح: أنه لا يخرجُ؛ بل يجوزُ تقليدُهُ، كما يعملُ بشهادةِ الشاهِد بعد موته؛ ولأنه لو بَطَلَ قولُه بموته، لبَطَلَ الإجماعُ بموت المُجْمِعين، ولصارتِ المسألةُ اجتهاديَّةً، ولأنَّ الناسَ اليوْمَ كالمجمعينَ على أنه لا مجتهدَ اليومَ، فلو مَنَعْنا تقليدَ الماضينَ، لتركْنَا الناسَ حَيَارىٰ. وبَنَوا على هٰذينِ الوجْهَين؛ أَنَّ مَنْ عرفَ مذهبَ مجتهدٍ، وتبحَّرَ فيه، لٰكن لم يَبْلُغْ رُتبةَ الاجتهادِ، هل له أَنْ يفتيَ ويأخذ بقولِ ذٰلك المجتهد ؟ فعلى الصحيح: يجوزُ، هٰكذا صوَّروا الفَرْعَ، ولكَ أَنْ تقولَ: إذا كان المأخَذُ ما ذكرنا، فسواءٌ المتبحِّرُ وغيرُهُ؛ بل العاميُّ إذا عرفَ حكم تلك المسألة عند ذٰلك المجتهدِ، فأخبرَ به، وأخذَ غيرُهُ به؛ تقليداً للميت، وجَبَ أَنْ يجوزَ على الصحيح.

= كفاه الفُتيا.

ومن طريق داود بن أبي هندٍ، قلتُ للشَّعبي: كيف كنتم تصنعون إذا سئلتم ؟ قال: على الخبير سقطت؛ كان إذا سئل الرجل قال لصاحبه: أَفْتِهم، فلا يزالُ حتَّىٰ يرجع إلى الأول.

وأخرجه عبد الغني بن سعيد في « أدب المحدث » من هٰذا الوجه. وفي « مسلم » حديث أبي المِنْهال: أنه سأل زيد بن أرقم عن الصَّرْف، فقال: سَلِ البراءَ بن عازبٍ، فسأل البراءَ، فقال: سَلْ زيداً. . . الحديثَ ».

(١) في (ظ): « قياساً ».

(٢) في المطبوع: « غاية » بدل: « رتبة ».

قلتُ: هـٰذا الاعتراضُ ضعيفٌ، أو باطل؛ لأنه إذا لم يكن متبحِّراً ربَّما ظَنَّ ما ليس مَذْهباً له مذهبَهُ؛ لقُصُور فهمِهِ، وقِلة اطلاعه علىٰ مظانِّ المسألةِ، واختلافِ نصوص ذٰلك المجتهد [١٢٢٤ / ب] والمتأخِّر منها، والراجح، وغير ذٰلك، لا سيَّما مذهب الشافعيِّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ الذي لا يكاد يعرفُ ما يفتىٰ به [منه][1] إلا أفرادٌ؛ لكثرة انتشارِهِ، واختلافِ ناقليه في النقلِ والترجيحِ.

فإن فرضَ هـٰذا في مسائِلَ صارت كالمعلومةِ علماً قطعيّاً عن ذٰلك المذهب؛ كوُجوبِ النِّية في الوضوء، والفاتحةِ في الصلاة، ووجوبِ الزكاةِ في مالِ الصبيِّ والمجنون، ووجوبِ تَبْييت النية في صومِ الفَرْضِ، وصحةِ الاعتكافِ بلا صَوْم، وعدمِ وجوب نفقة البائِنِ الحائل[2]، ووجوب القصاصِ في القتل بالمُثَقَّل، وغيرِ ذٰلك عند الشافعيِّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ، فهـٰذا حَسَنٌ محتملٌ. **وٱللهُ أعلمُ**.

وإذا جوَّزْنا الفتوىٰ إخباراً عن مذهبِ الميتِ؛ فإنْ علمَ من حاله أنه يُفتي علىٰ مذهبِ إمامٍ معيَّن، كفىٰ إطلاقُ الجوابِ، وإلا فلا بُدَّ من إضافتِهِ[3] إلىٰ صاحب المذهب.

فَرْعٌ: ليس لمجتهدٍ أَنْ يُقلِّدَ مُجتهداً، لا ليعملَ به، ولا ليفتيَ به، ولا إذا كان قاضياً ليقضيَ به، سواءٌ خاف الفَوْتَ؛ لضيقِ وقتٍ، أم لا.

وقال ابْنُ سُرَيْجٍ: له التقليدُ إذا ضاقَ الوقتُ، ليعملَ به، لا ليفتيَ، وقياسُهُ أَنْ لا يجوّزَ للقضاءِ وأَوْلىٰ.

وفي « الشامل »، و« التهذيب »: طَرْدُ قولِ ابْنِ سُرَيْجٍ في القضاء، وصورةُ الضيقِ فيه: أَنْ يتحاكمَ مسافِران والقافلةُ ترتحلُ. ومَنْ قال به، فقياسُهُ طَرْدُهُ في الفتوىٰ.

فَرْعٌ: هل يلزمُ المجتهدَ تجديدُ الاجتهادِ إذا وقعتِ الحادثةُ مرَّة أخرىٰ، أو سُئل عنها مرةً أخرىٰ، أم يعتمدُ اجتهادَه الأولَ ؟ وجهانِ، كما سبق في القبلة.

---

(١) ما بين حاصرتين من المطبوع.
(٢) في المطبوع: « الحامل » تحريف.
(٣) في (ظ): « إضافة ».

قلتُ: أصحُّهما لزومُ التجديدِ، وهـٰذا إذا لم يكُنْ ذاكراً لدليلِ الأُولىٰ، ولم يتجدَّدْ ما قد يوجِبُ رجوعَهُ، فإنْ كان ذاكراً، لم يلزَمْهُ قطعاً، وإنْ تجدَّدَ ما قد[١] يوجِبُ الرجوعَ، لزمَهُ قطعاً. **واللهُ أعلمُ**.

فَرْعٌ: المنتسبونَ[٢] إلىٰ مذهب الشافعيِّ، وأبي حنيفةَ، ومالكٍ ثلاثةُ أصنافٍ:

أحدها: العوامُّ، وتقليدُهم الشافعيَّ مثلاً مفرَّعٌ علىٰ تقليد الميتِ، وقد سبقَ.

والثاني: البالغون لرتبة الاجتهادِ، وقد ذكرنا أَنَّ المجتهدَ لا يقلِّدُ مجتهداً؛ وإنما يُنْسَبُ هـٰؤلاء إلىٰ الشافعيِّ؛ لأنهم جَرَوا علىٰ طريقته في الاجتهادِ، واستعمالِ الأدلَّةِ، وترتيبِ بعضِها علىٰ بعض، ووافق اجتهادُهُمُ اجتهادَه، وإذا خالفَ أحياناً لم يبالُوا بالمخالفة.

والصنف الثالثُ: المتوسِّطون، وهم الذين لم يبلغوا رتبةَ الاجتِهادِ في أصْلِ[٣] الشرع؛ لـٰكنهم وَقَفوا علىٰ أصولِ الإمامِ في الأبوابِ، وتمكَّنوا من قياسِ ما لم يجدوهُ منصوصاً له علىٰ ما نصَّ عليه، وهـٰؤلاء مقلِّدون له؛ تفريعاً علىٰ تقليد الميتِ، وهـٰكذا مَنْ يأخذُ بقولهم من العوامِّ تقليداً له، والمعروفُ للأصحاب أنه لا يقلِّدهم في أنفسهم؛ لأنهم مقلِّدون، وقد نجد ما يخالف هـٰذا؛ فإن أبا الفَتْحِ الهَرَوِيَّ[٤]، وهو من أصحاب الإمام[٥] يقولُ في الأصول: « مذهبُ عامةِ أصحابنا أن العاميَّ لا مذهب له، فإنْ وَجَدَ مجتهداً قلَّدهَ، وإنْ لم يجدْهُ، ووجدَ متبحِّراً في مذهب، فإنه يُفتيه علىٰ مذهب نفسِه، وإنْ كان العاميُّ لا يعتقدُ [١٢٢٥ / أ] مذهبه ».

وهـٰذا تصريح بأنه يقلّدُ المتبحِّر في نفسه.

وإذا اختلفَ مُتَبحِّران في مذهب؛ لاختلافهما في قياسِ أصلِ[٦] إمامهما، ومِنْ

---

(١) كلمة: « قد » ليست في المطبوع.

(٢) في المطبوع: « المنسوب ».

(٣) في المطبوع: « أصول »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٢ / ٤٢٢).

(٤) هو عمر بن عبد الله الهروي. مات سنة (٤٧٣) هـ (طبقات الشافعية للحُسيني ص: ١٨٩)، وهـٰذا العلم لم يترجمه المصنف رَحِمَهُ ٱللَّهُ في « تهذيب الأسماء واللغات » وهو من شرطه.

(٥) **الإمام**: هنا: هو الشافعي رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

(٦) في المطبوع زيادة: « مذهب ».



هـٰذا يتولَّدُ وجوهُ الأصحابِ، فنقول: أيهما يأخذ العاميُّ ؟ فيه ما سنذكره في اختلافِ المجتهدِين، إنْ شاءَ ٱللهُ تعالىٰ.

وإذا نصَّ صاحبُ المذهب علىٰ الحكم والعلَّة، أَلحقَ بتلك العلَّة غيرَ المنصوصِ بالمنصوصِ، وإن اقتصرَ علىٰ الحُكم، فهل يستنبطُ المتبحِّرُ العلَّة ويعدي الحكم بها ؟ قال محمد بن يحيىٰ[١]: لا، والأشبهُ بفعلِ الأصحاب جوازُهُ؛ لأنهم ينقلونَ الحُكمَ، ثم يختلفون في عِلَّته، وكُلٌّ منهم يطردُ الحكمَ في فروع عِلَّته.

فَرْعٌ: ذكر الشيخُ أبو إسحاق[٢] أنه إذا نص الإمامُ في واقعةٍ علىٰ حُكم، وفي أخرىٰ بشبهها[٣] علىٰ خلافه، لا يجوزُ نقلُ قولِه من إحداهما إلىٰ الأخرىٰ وتخريجهما علىٰ قولين، وأن ما يقتضيه قولُهُ لا يجعلُ قولاً له إلا إذا لم يحتمل، كقوله: ثبَتَتِ الشُّفعة في الشِّقْصِ من الدار، فيقال: قولُهُ في الحانوت كذٰلك، والمعروفُ في المذهب خلافُ ما قاله، لـٰكن الأولىٰ أَنْ يقالَ: إنه قياسُ أصلِهِ، أو قياس قولِهِ، ولا يقال: هو قولُهُ.

فَرْعٌ: للمفتي أَنْ يشدِّد في الجواب بلفظ متأوَّل عنده؛ زَجراً وتهديداً في مواضِع الحاجة.

قلت: المرادُ ما ذكره الصَّيْمَريُّ[٤] وغيرُهُ، قالوا: إذا رأىٰ المفتي المصلحَة أَنْ يقول للعاميِّ ما فيه تغليظٌ، وهو لا يعتقدُ ظاهره، وله فيه تأويلٌ، جاز؛ زَجْراً، كما رُوي عن ابن عباس، رضي ٱللهُ عنهما: أنه سُئِلَ عن تَوبةِ القاتِل ؟ فقال: لا توبة له، وسأله آخَر ؟ فقال: له تَوْبةٌ، ثم قال: أما الأولُ؛ فرأيتُ في عينَيه إرادةَ القَتْلِ، فمنعتُهُ، وأما[٥] الثاني، فجاء مِسكيناً قد قتلَ، فلم أُقَنِّطْهُ[٦].

---

(١) هو الإمام أبو سَعْدٍ، محمد بن يحيىٰ بن أبي منصور النيسابوريُّ الشهيد.

(٢) هو أبو إسحاق الشيرازي، إبراهيم بن علي.

(٣) في المطبوع: « شبهها ».

(٤) في (ظ): « الضيمري »، تصحيف، وهو أبو القاسم عبد الواحد بن الحسين الصَّيْمَريُّ. سلفت ترجمته.

(٥) في المطبوع: « أمَّا » بدون « الواو ».

(٦) أخرج ابن أبي شيبة في (المصنف: ٦ / ٤٠١)، وابن الجوزي في (ناسخ القرآن ومنسوخه ص: ٣٥٤) من طريق يزيد بن هارون، أخبرنا أبو مالك الأشجعي، عن سَعْد بن عُبيدة، قال: جاء رجل إلىٰ ابن عباسٍ، فقال: ألمن قتل مؤمناً توبةٌ ؟ قال: لا، إلىٰ النار، فلمَّا ذهب، قال جلساؤه: =

قال الصَّيْمَرِيُّ[١] : وكذا إن سأله، فقال: إن قتلتُ عبدي، فهل[٢] عليَّ قصاصٌ، فواسعٌ أن يقولَ[٣] : إنْ قَتَلْتَهُ قَتَلْنَاكَ ؛ فعن النبيِّ ﷺ: « **مَنْ قَتَلَ عَبْدَهُ قَتَلْنَاهُ** »[٤] ولأنَّ القتلَ له مَعانٍ، وهـٰذا كُلُّه إذا لم يترتَّبْ علىٰ إطلاقه مفسدةٌ. **وٱللهُ أعلمُ**.

الجملةُ الثانيةُ: في المُسْتَفْتي، فيلزمُهُ سؤالُ المفتي عند حدوث مسألته ؛ وإنما يسأل مَنْ عرف علمه وعَدالتهِ، فإنْ لم يعرفِ العلم، بحث عنه بسؤال الناس، وإن لم يعرفِ العَدالة، فقد ذكر الغزاليُّ فيه احتمالَين.

أحدهما: أن الحكم كذٰلك، وأشبههُما: الاكتفاءُ ؛ لأن الغالبَ مِنْ حال العلماءِ العَدالةُ، بخلاف البحث عن العِلم، فليس الغالبُ من الناس العلمَ.

ثم ذكرَ احتمالين في أنه إذا وجب البحثُ، يفتقرُ إلىٰ عدَد التواتُر، أم يكفي

= ما هـٰكذا كنت تفتينا ! فما بال هـٰذا اليوم ؟ قال : إني أحسبه مغضَباً يريد أن يقتل مؤمناً. قال : فبعثوا في أثره، فوجدوه كذٰلك.

قال الحافظ في (التلخيص الحبير : ٤ / ١٨٧) : « رجاله ثقات ». وضعَّف إسناده شيخنا العلاَّمة حسين أسد في تعليقه علىٰ (ناسخ القرآن ومنسوخه ص : ٣٥٤ ـ ٣٥٥).

وروىٰ سعيد بن منصور ـ ومن طريقه البيهقيُّ في (السنن الكبرىٰ : ٨ / ١٦) ـ عن سفيان بن عُيينة قال : كان أهل العلم إذا سئلوا عن القاتل قالوا : لا توبة له، وإذا ابتلي رجلٌ، قالوا : تُب.

قال الحافظ في « التلخيص الحبير » : وفي المعنىٰ : ما أخرجه أبو داود (٢٣٨٧) عن أبي هريرة ؛ أن رجلاً سأل النبي ﷺ عن المباشرة للصائم، فرخَّص له، وأتاه آخرُ، فسأله، فنهاه، فإذا الذي رخَّص له شيخٌ، وإذا الذي نهاه شابٌّ، وقال الشيخ عبد القادر الأرناؤوط رحمه الله في تعليقه علىٰ (جامع الأصول : ٦ / ٣٠١) : « في إسناده أبو العنبس، وهو لين الحديث، وقال أبو حاتم : في حديثه شيء ».

(١) في (ظ) : « الضيمري » تصحيف.

(٢) في (ظ، أ) : « هل » بدون « الفاء ».

(٣) في المطبوع : « يقال ».

(٤) أخرجه ـ من حديث سَمُرَةَ بن جُنْدُبٍ ـ (أبو داود : ٤٥١٥)، و(الترمذي : ١٤١٤)، و(النسائي : ٨ / ٢١)، وأحمد (٥ / ١١)، و(الحاكم : ٤ / ٣٦٧)، و(البغوي : ٢٥٣٣)، و(البيهقي : ٨ / ٣٥)، وصححه الحاكم، والذهبي في « الكبائر » عند الحديث رقم (٤٠١) بتحقيقي، وقال الترمذي : « هـٰذا حديث حسن غريب »، وكذٰلك قال البغوي في « شرح السنة »، وقال الحافظ في (بلوغ المرام ص : ٣٢٣) بتحقيقي : « هو من رواية الحسن البَصْريِّ عن سَمُرَةَ، وقد اختلف في سماعه منه ».

إخبارُ عَدْلٍ، أو عدلَين ؟ أصحُّهما: الثاني.

قلتُ: الاحتمالانِ فيما إذا لم تُعرف العدالةُ، هما فيمن كان مستوراً، وهو: الذي ظاهِرهُ العدالةُ ولم يختبر باطنهُ، وهما وجهان ذكرَهما غيرُهُ، أصحُّهما: الاكتفاء؛ لأن العدالةَ الباطنةَ تعسُرُ معرفتُها علىٰ غير القُضاة، فيعسُرُ علىٰ العوامِّ تكليفُهم بها، وهٰذا الخلاف كالخلافِ في صحَّةِ النكاحِ بحضور المستورين.

أمَّا الاحتمالانِ في اشتراط عدد التواتُرِ، والاكتفاءِ [١٢٢٥ / ب] بَعْدلٍ، فهما مُحتملان، ولٰكن المنقول خلافهما، فالذي قاله الأصحابُ: إنه يجوزُ استفتاءُ مَنِ استفاضت أهليَّـتُهُ.

وقيل: لا يكفي الاستفاضةُ، ولا التواتُرُ؛ بل إنما يعتمدُ قولُه: أَنا أهلٌ للفتوىٰ؛ لأن الاستفاضةَ والشهرةَ بين العامَّة لا وُثُوقَ بها، فقد يكون أصلُها التلبيسَ.

وأما التواتُر، فلا يفيدُ العلمَ إذا لم يستنِدْ إلىٰ معلوم مَحسوسٍ، والصحيحُ: الأولُ؛ لأن إقدامَه عليها إخبارٌ منه بأهليَّتِهِ؛ لأنَّ الصورةَ فيمَن وثقَ بدِينه. ويجوزُ استفتاءُ مَنْ أخبرَ المشهور المذكور بأهليَّته، قال الشيخُ أبو إسحاقَ، وغيرُهُ: نقبلُ في أهليَّته خبرَ عَدْل واحدٍ، وهٰذا محمولٌ علىٰ مَنْ عنده معرفةٌ يميِّزُ بها الملتبسَ من غيره، ولا يعتمدُ في ذٰلك خبر آحاد العامة؛ لكثرةِ ما يتطرَّقُ إليهم من التلبيس في ذٰلك. **وٱللهُ أعلمُ**.

فَرْعٌ: إذا وجدَ مُفْتِيَين فأكثرَ، هل يلزمُهُ أن يجتهدَ، فيسأل أَعْلَمَهُمْ ؟ وجهانِ.

قال ابْنُ سُرَيْجٍ: نَعَمْ، واختاره ابْنُ كَجٍّ والقَفَّالُ؛ لأنه يسهلُ عليه.

وأصحُّهما عند الجمهور: أنه يتخيَّرُ، فيسأل مَنْ شاء؛ لأن الأَوَّلِينَ كانوا يسألونَ علماء الصحابة رضيَ ٱللهُ عنهم مع تفاوُتهم في العلم والفَضْل، ويعملونَ بقولِ مَنْ سألوه مِنْ غير إنكارٍ، قال الغزاليُّ: فإنِ اعتقدَ أن أحدَهم أعلمُ، لم يَجُزْ أَنْ يقلِّد غَيرَه، وإنْ كان لا يلزمُهُ البحثُ عن الأعلمِ إذا لم يعتقدِ اختصاصَ أحدِهم بزيادةِ عِلْمٍ.

قلتُ: هٰذا الذي قاله الغزاليُّ، قد قاله غيرُهُ أيضاً، وهو وإنْ كان ظاهراً، ففيه نَظَرٌ؛ لما ذكرنا من سؤال آحادِ الصحابة رضيَ ٱلله عنهم مع وجودِ أفاضِلهم الذين فَضْلُهم متواتِر، وقد يمنعُ هٰذا. وعلىٰ الجُملة: المختار ما ذكره الغزاليُّ. فعلىٰ

هـٰذا: يلزمُهُ تقليدُ أَوْرَعِ العالمَينِ، وأعْلَمِ الوَرِعَينِ؛ فإن تعارضَا قدّمَ الأعلم علىٰ الأصحِّ. **وٱللهُ أعلمُ**.

فَرْعٌ: وإذا استفتىٰ، وأُجيبَ، [فحدثت له تلك الحادثة ثانياً، فإن عرفَ استنادَ الجواب إلىٰ نَصٍّ أو إجماع، فلا حاجة إلىٰ] السؤال ثانياً، وكذا لو كان المقلّد ميتاً، وجوَّزناه، وإنْ عرفَ استنادهُ إلىٰ الرأيِ والقياسِ، أو شَكَّ، والمقلَّدُ حَيٌّ فوجهانِ.

أحدهما: لا يحتاجُ إلىٰ السؤالِ ثانياً؛ لأن الظاهرَ استمرارُهُ علىٰ جَوابه.

وأصحُّهما: يلزمُهُ السؤالُ ثانياً.

فَرْعٌ: لو اختلفَ عليه جوابُ مُفْتِيَيْن، فإنْ أوجبنا البحثَ وتقليدَ الأعْلَمِ، اعتمدَه، وإلا فأوجه:

أصحُّها: يتخيَّرُ، ويأخذُ بقول أيِّهما شاء.

والثاني: يأخذُ بأغلظِ الجوابَين.

والثالث: بأخفِّهما.

والرابع: بقولِ مَنْ يبني قولَه علىٰ الأثَرِ دون الرأيِ.

والخامس: بقولِ مَنْ سأله أوّلاً.

قلتُ: وحُكي وجهٌ سادس: أنه يسألُ ثالثاً، فيأخذُ بفتوىٰ مَنْ وافَقه. وهـٰذا الذي صحّحه [من التخيير هو الذي صححه] الجمهور، ونقله المَحَامِليُّ[1] في أول « المجموع » عن أكثر أصحابنا؛ لأن فرْضَهُ أنْ يقلِّد عالماً، وقد فَعَلَ[2]. **وٱللهُ أعلمُ**.

ونقلَ الرُّويانِيُّ وجهَين في أَنَّ مَنْ سأل مُفتياً، ولم تسكُنْ نفسُه إلىٰ فتواهُ، هل يلزمُه أَنْ يسأل ثانياً وثالثاً؛ لتسكُنَ نفسُه، أم له الاقتصارُ علىٰ جوابِ الأولِ؟ والقياس: الوجه[3] الثاني.

الجملة [١٢٢٦ / أ] الثالثة: فيما يتعلَّق بهما، فيجوزُ للمستفتي أَنْ يسألَ بنفسِهِ،

---

(١) هو أبو الحسن، أحمد بن محمد المحاملي الضَّبي، صاحبُ « التجريد ».
(٢) في المطبوع: « حصل » بدل: « فعل ».
(٣) في المطبوع: « في وجه » بدل: « الوجه ».



ويجوزُ أَنْ يكتفي برسولٍ ثقةٍ، يبعثُه، وبالرُّقعة، ويكفي تُرْجمانٌ واحد إذا لم يعرفْ لغتَهُ.

قلتُ: له اعتمادُ خَطِّ المفتي إذا أخبره مَنْ يقبل خبره أنه خَطُّهُ، أو كان يعرف خطه، ولم يشكَّ فيه. **واللهُ أعلمُ.**

ومِنْ آدابِ المستفتي: أن لا يسألَ المُفتي وهو قائِم، أو مشغولٌ بما يمنعه من تمامِ الفكرِ، وأَنْ لا يقول إذا أجابَهُ: هٰكذا قلتُ أنا، وأن لا يطالبَ بالدليل؛ فَإِنْ أراد معـرفَـتَهُ، سألَ عنه في وقتٍ آخَرَ.

وإذا سأل في رُقْعَةٍ، فليكن كاتبُها حاذِقاً، ليبينَ مواضِع السؤال، ويَنْقُطَ مواضِع الاشتباه.

وليتأمَّل المفتي الرُّقعةَ، كلمةً كلمةً، وليكُنِ اعتناؤهُ بآخرِ الكلام أشَدَّ؛ لأنه موضِعُ السؤال، وليتثبَّتْ في الجواب، وإِنْ كانتِ المسألةُ واضحةً، وأَنْ يشاورَ مَنْ في مجلسه ممَّنْ يصلُحُ لذٰلك، إلَّا أن يكون فيها ما لا يَحْسُنُ إظهارُهُ. وله أَنْ يَنْقُطَ من الرُّقعة مواضِعَ الإشكالِ، وأَنْ يصلح ما فيها من خطأ ولَحْنٍ فاحش.

وإذا رأىٰ في آخِرِ بعضِ السطورِ بَيَاضاً، شغَلَهُ بخطِّهِ، لِئَلَّا يلحقَ فيه بعدَ جوابه شيءٌ.

وليبين المفتي خَطّهُ[1]، وليكُنْ قلمُهُ بين قَلَمَين.

ولو كتب مع الجواب حُجَّةً من آيةٍ، أو حديثٍ فلا بأسَ.

ولا يعتادُ ذكرَ القياسِ، وطرقَ الاجتهادِ. فإنْ تعلَّقت الفتوىٰ بقاضٍ، فَحَسَنٌ أَنْ يومِئَ إلىٰ طريقِ الاجتهادِ[2].

وإذا رأىٰ في الفتوىٰ جوابَ من لا يصلُحُ للفتوىٰ، لـم يُفْـتِ مَعـهُ. قَـال الصَّيْمَريُّ: وله أَنْ يَضْرِبَ عليه بإذنِ صاحب الرُّقْعَةِ، وبغير إذنِهِ، ولا يَحْبِسُها إلَّا بإذنه.

واستحبوا أَنْ يكونَ السؤالُ بخطِّ غيرِ المفتي.

---

(١) في المطبوع: «بخطه».

(٢) في المطبوع: «إلىٰ الطريق للاجتهاد».

فَرْعٌ: مَتَىٰ تغيَّر اجتهادُ المجتهدِ، دارَ المقلِّدُ معه، وعَمِلَ في المستقبل بقوله الثاني، ولا ينقضُ ما مَضَىٰ.

ولو نكحَ المجتهدُ امرأة، ثم خالعها ثلاثاً؛ لأنه رأىٰ الخُلْعَ فسخاً، ثم تغيَّر اجتهاده، قال الغزاليُّ: يلزمُهُ مفارقَـتُها، وأبدىٰ تردُّداً فيما لو فعلَ المقلِّدُ مثلَ ذٰلك، ثم تغيَّرَ اجتهادُ مُقَلَّده، قال: والصحيح أن الجواب كذٰلك، كما لو تغير اجتهادُ المقلّد في الصلاة، فإنه يتحوَّل. ولو قال مجتهدٌ للمقلِّد، والصورةُ هـٰذه: أخطأَ بك مَنْ قلَّدْته؛ فإنْ كان الذي قلَّده أعلمَ من الثاني، أو اسْتَوَيا، فلا أثَرَ لقولِهِ، وإنْ كان الثاني أعلمَ، فالقياسُ أنا إنْ أوجَبنا تقليدَ الأعْلَمِ، فهو كما لو تغيَّر اجتهادُ مقلَّده، وإلَّا فلا أثَرَ له.

قلتُ: هـٰذا الذي زَعَمَ الإمامُ الرافعيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ أنه القياسُ ليس بشيء؛ بل الوجْهُ الجزمُ بأنه لا يلزمُهُ شيء، ولا أَثَر لقول الثاني، وهـٰذا كُلُّه إذا كانت المسألةُ اجتهاديّةً. وقد لخَّصَ الصَّيْمَرِيُّ، والخطيب البغداديُّ[١]، وغيرُهما من أصحابنا هـٰذه المسألةَ بتفصيلٍ حَسَنٍ، فقالوا: إذا أفتىٰ، ثم رجعَ، فإنْ علم المستفتي رجوعَه ولم يكن عَملَ بالأول، لم يَجُزْ له العَمَلُ به، وكذا إذا نكحَ بفتواه، أو استمرَّ علىٰ نكاحٍ بفتواه، ثم رجعَ، لزمَهُ فراقُها، كنظيره في القِبْلَةِ.

وإنْ كان عملَ به قبلَ الرجوع؛ فإنْ كان مخالِفاً لدليل قاطع، لَزِمَ المستفتيَ نقضُ عمله، وإنْ كان في مَحَلِّ الاجتهاد [١٢٢٦ / ب]، فلا؛ لأن الاجتهادَ لا ينقضُ بالاجتهاد، ولا نعلمُ خلافَ هـٰذا لأصحابنا، وما ذكره صاحبا « المُسْتَصْفىٰ »[٢]

(١) هو أحمد بن علي بن ثابت، أبو بكر البغدادي، المعروف بـ: « الخطيب »: إمام، حافظ، ناقد، مؤرخ، من كبار الشافعية، ولد في غُزَيَّة ـ منتصف الطريق بين الكوفة ومكة ـ سنة (٣٩٢ هـ)، ومنشؤه ببغداد، ومات بها سنة (٤٦٣ هـ). كان فصيح اللهجة، عارفاً بالأدب، يقول الشعر الجيد، ولوعاً بالمطالعة، والتأليف، ذكر ياقوت أسماء (٥٦) كتاباً من مصنفاته، منها: « تاريخ بغداد »، و« الكفاية في علم الرواية »، و« الجامع لأخلاق الراوي وآداب السامع ». انظر: ترجمته في (سير أعلام النبلاء: ١٨ / ٢٧٠ ـ ٢٩٦)، و(الأعلام: ١ / ١٧٢)، وفي حاشيتيهما مصادرها. وهـٰذا العلم لم يترجمه المصنف في « تهذيب الأسماء واللغات » وهو من شرطه.

(٢) المستصفىٰ: في أصول الفقه، لحجة الإسلام أبي حامد محمد بن محمد الغزالي المتوفىٰ سنة (٥٠٥ هـ).

و« المحصول »[١]، فليس فيه تصريحٌ بمخالفة هـٰذا. قال الشيخ أبو عَمْرو ابْنُ الصَّلاحِ، رَحِمَهُ ٱللَّهُ: وإنْ كان المفتي إنما يُفتي علىٰ مذهبِ إمامٍ معيَّن، فرجَعَ؛ لكونه تيقَّنَ مخالفةَ نَصِّ إمامه، وجبَ نَقْضُهُ، وإن كان اجتهاديّاً؛ لأن نصَّ إمامه في حَقِّهِ كنصِّ الشارع في حَقِّ المستقِلِّ.

وأمَّا إذا لم يعلمِ المستفتي برجُوعه، فكأنه لم يَرْجِعْ في حَقِّه، ويلزمُ المفتيَ إعلامُهُ برجوعه قبلَ العمل، وكذا بعدَه حيث يجبُ النقضُ.

وإذا عملَ بفتواه في إتلافٍ، ثم بانَ أنه أخطأَ، وخالفَ القاطع، فقال الأستاذ أبو إسحاقَ الإِسْفَرايِيني: إنْ كان أهلاً للفتوىٰ، ضَمِنَ، وإلاَّ، فَلا؛ لأنَّ المستفتيَ مقصِّرٌ، وهـٰذا الذي قاله فيه نَظَرٌ، وينبغي أَنْ يُخَرَّجَ علىٰ قولَي الغرور، أو يقطع بعدمِ الضمان مُطلقاً إذا لم يوجَدْ منه إتلافٌ[٢]، ولا ألجأ إليه بإلزامٍ. **وٱلله أعلمُ**.

فَرْعٌ: لا يشترطُ أَنْ يكونَ للمجتهد مذهبٌ مُدَوَّنٌ، وإذا دُوِّنَتِ المذاهبُ، فهل يجوزُ للمقلِّد أن ينتقلَ مِنْ مذهبٍ إلىٰ مذهبٍ ؟ إن قلنا: يلزمُهُ الاجتهادُ في طلب الأعلم، وغلبَ علىٰ ظنه أَنَّ الثاني أعلمُ، ينبغي أَنْ يجوِّزَ؛ بل يجبُ، وإِنْ خَيَّرناه، فينبغي أَنْ يجوِّزَ أيضاً، كما لو قَلَّدَ في القِبلة هـٰذا أيَّاماً، وهـٰذا أيَّاماً.

ولو قَلَّدَ مجتهداً في مسائِلَ، وآخَرَ في مسائِلَ أخرىٰ، واستوىٰ المجتهدانِ عنده، أو خيَّرناه، فالذي يقتضيه فِعْلُ الأَوَّلِين الجوازُ، وكما أَنَّ الأعمىٰ إذا قلنا: لا يجتهدُ في الأواني والثيابِ له أَنْ يقلِّدَ في الثياب واحِداً، وفي الأواني آخَرَ، لـٰكن الأصوليُّون منعوا منه؛ للمصلحة. وحكىٰ الحَنَّاطِيُّ[٣]، وغيرُهُ عن أبي إسحاقَ[٤]: فيما إذا اختار مِنْ كُلِّ مذهبٍ ما هو أهونُ عليه أنه[٥] يفسَّقُ به.

---

(١) **المحصول**: في أصول الفقه، للإمام المفسِّر، أوحد زمانه في المعقول والمنقول، فخر الدين، محمد بن عمر الرازي المتوفىٰ سنة (٦٠٦هـ). انظر: (الأعلام: ٦/ ٣١٣).

(٢) في المطبوع: « الإتلاف ».

(٣) هو أبو عبد الله الحَنَّاطِيُّ، الحسين بن محمد بن الحسن الطبري.

(٤) **أبو إسحاق**: هو المَرْوزيُّ، إبراهيم بن احمد. قال المصنف في (تهذيب الأسماء واللغات: ٢ / ٣٧٦): « وحيثُ أطلق أبو إسحاق في كتب المذهب فهو: المَرْوَزِيُّ، وقد يقيِّدونه بالمَرْوزِيِّ، وقد يطلقونه ».

(٥) في المطبوع: « أَن ».

وعن ابن أبي هُريرة : أنه لا يفسَّقُ . وبٱللهِ التوفيقُ .

قلتُ: قد استقصىٰ الإمامُ الرافعيُّ رَحِمَهُ ٱللهُ هـٰذا الباب، فاستوعبَ وأجادَ، وقد استوعبتُ أنا هـٰذا البابَ في أول « شَرْحِ المهذَّب » وجمعتُ فيه من مجموعاتِ كلامِ الأئمةِ ومتفرَّقاتها هـٰذا المذكورَ هنا مع مِثله، أو أمثالِهِ، وأنا أذكرُ منه هنا نُبذاً، أشير إليها، ولا ألتزمُ ترتيبَه .

فيستحبُّ للمعلِّم والمفتي الرفقُ بالمتعلِّم والمستفتي؛ ليتمكَّن من الفهم عنه، وقد استوعبتُ آدابَ العالِم والمعَلِّم[1] والمتعلِّم[2] في أول « شَرْح المهذَّب » وذكرْتُ فيه ما لا ينبغي لطالبِ علمٍ أَنْ يخفىٰ عليه شيء منه .

قال الخطيبُ الحافظُ أبو بكر البغداديُّ : ينبغي للإمام أن يتفقَّدَ أحوال المفتين، فمَنْ صَلُحَ لها، أقَرَّهُ، ومن لم يَصْلُحْ، منعَه، وأمرَهُ أَنْ لا يعودَ، ويُوَاعِدَه[3] علىٰ العَوْدِ، وطريقه في ذٰلك : أَنْ يسألَ العلماءَ المشهورينَ من أهلِ عصره عن حالِهِ، ويعتمد خبرهم .

وينبغي أَنْ يكونَ المفتي مع شروطهِ السابقةِ متنزِّهاً عن خوارِمِ المروءة، فقيهَ النفسِ، سليمَ الذِّهنِ، رَصينَ الفِكر، حَسَنَ التصرُّف والاستنباطِ، وسواءٌ الحُرُّ والعبدُ، والمرأةُ والأعمىٰ، والأخرسُ إذا كتَبَ، أو فُهمت إشارَتُهُ .

قال الشيخ أبو عَمْرو[4] بْنُ الصَّلاحِ، رَحِمَهُ ٱللهُ : وينبغي أن يكون المفتِي كالراوي [١٢٢٧ / أ] في أنه لا تؤثِّر فيه القرابةُ والعداوةُ، وجَرُّ النَّفع، ودفعُ الضَّرِّ؛ لأنه في حكم مَنْ يخبرُ عن الشرعِ بما لا اختصاصَ له بشخصٍ، فكان كالراوي، لا كالشاهد، وفتواهُ لا يرتبطُ بها إلزَامٌ[5] بخلاف حكمِ القاضي .

قال : ووجدتُ عن صاحب « الحاوي » : أَنْ المفتي إذا نابَذ في فتواهُ شخصاً معيَّناً، صارَ خصماً معانداً، تردُّ فتواه علىٰ مَنْ عاداه، كما تردُّ شهادته .

---

(١) قوله : « والمعلِّم » ليس في (أ) .

(٢) قوله : « والمتعلم » ليس في المطبوع .

(٣) في (ظ) : « ويعاوده » .

(٤) في المطبوع : « أبو عمر » بدل : « أبو عَمْرو » ، غلط .

(٥) في (أ) : « التزامٌ » .



قال الصَّيْمَرِيُّ: ويقبل فتاوىٰ أهل الأهواءِ[(١)]، والخَوارِج[(٢)]، ومن لا يكفَّر ببدعته، ولا بفسقه، وذكر الخطيبُ هـٰذا، ثم قال: وأما الشُّراة[(٣)]، وهم بضمِّ الشين المعجمة، والرافِضَةُ[(٤)] الذين يَسبُّون السَّلَفَ، ففتاويهم مردودةٌ، وأقاويلُهم ساقِطَةٌ.

ومن كان من أهلِ الفتوىٰ وهو قاضٍ، فهو كغيرِهِ، فلا يُكرهُ له الفتوىٰ، هـٰذا هو الصحيحُ الذي عليه الجمهورُ.

وقيل: له أَنْ يُفتي في العباداتِ وغيرها، مما لا يتعلَّق بالأحكام، وفي الأحكامِ وجهان.

وقال ابْنُ المنذر: يكرهُ فتواه في الأحكامِ دون غيرها.

وهل يشتَرطُ في المفتي أن يعرفَ من الحسابِ ما يصحِّحُ[(٥)] به المسائِلَ الحسابيَّةَ الفقهية؟ وجهانِ، حكاهما الأُستاذانِ[(٦)]: أبو إسحاقَ الإِسْفِرَاييني، وصاحِبُهُ أبو منصورٍ البغداديُّ.

ويشترطُ في المفتي المنتسِب إلىٰ مذهب إمامٍ كما سبقَ أَنْ يكونَ فقيهَ النفسِ، حافظاً مذهبَ إمامِهِ، ذا خِبرة بقواعدِهِ، وأساليبِه ونصوصِه، وقد قطع إمامُ الحَرَمَيْنِ وغيرُهُ بأنَّ الأصوليَّ الماهرَ المتصرِّفَ في الفقه لا يحلُّ له الفتوىٰ بمجرَّد ذٰلك، ولو وقعَتْ له واقعةٌ، لزمَهُ أَنْ يستفتيَ فيها، ويلتحقُ به المتصرِّفُ البَحَّاثُ في الفقه من أئمَّةِ الخلافِ، وفحولِ المنَاظِرين؛ لأنه ليس أَهْلاً لإدراكِ حُكم الواقعةِ استقلالاً؛ لقصور آلتِهِ، ولا مِنْ مذهبِ إمامٍ؛ لعدم حفظه له علىٰ الوجه المعتبرِ.

---

(١) أهل الأهواء: هم الذين حادوا عن سنن أهل الحق والعدل، كالمعتزلة.

(٢) الخوارج: هم فرقة من المسلمين من أهل الأهواء، لهم مقالة علىٰ حدة؛ سمُّوا بالخوارج لخروجهم علىٰ الناس (الخزائن السنية ص: ١٢١)، وانظر: (الملل والنحل: ١ / ١٠٥).

(٣) الشُّراة: فرقة من الخوارج، سُمُّوا بذٰلك؛ لأنهم زعموا أنهم شروا أنفسهم بالجنة؛ لأنهم فارقوا أئمة الجور. انظر: (المعجم الوسيط: ١ / ٥٠٠)، و(المصباح: ش ر ي).

(٤) الرافضة: فرقة من الشيعة تجيز الطعن في الصحابة الكرام؛ سموا بذٰلك لأن أوليهم رفضوا (أي: تركوا) زيد بن علي حين نهاهم عن الطعن في الشيخين (المعجم الوسيط: ١ / ٣٧٣)، وقال أبو الحسن الأشعري في (مقالات الإسلاميين: ١ / ٨٩): « وإنما سمُّوا رافضة لرفضهم إمامة أبي بكرٍ وعُمر »، وانظر: (المصباح: ر ف ض).

(٥) في (ظ)، والمطبوع: « يصح ».

(٦) في المطبوع: « الأستاذ » بدل: « الأستاذان ».

وإذا استفتىٰ العاميُّ عَمَّا لم يقعْ، لم يَجِبْ جوابُهُ.

ولا يجوز للمفتي أَنْ يتساهلَ في فتواهُ، ومَنْ عُرِفَ بذٰلك، لم يَجُزْ أَنْ يُسْتفتىٰ.

وتساهلُهُ قد يكون بأَنْ لا يتثبَّتَ، ويسرعَ بالجواب قبل استيفاءِ الفِكر والنظَرِ؛ فإِنْ تقدَّمت معرفتُهُ بالمسؤول عنه، فلا بأسَ بالإسراع، وعلىٰ هٰذا يُحْمَلُ ما نقل عن الماضِين من المسارعة، وقد يكون تساهلُهُ بأَنْ تَحْمِلَهُ أغراضٌ فاسدة علىٰ تتبُّعِ الحِيَلِ المحرَّمة المكروهة، والتمسكِ بالشُّبهة؛ طلباً للترخيصِ علىٰ مَنْ يرومُ نفعَهُ، أو التغليظ علىٰ مَنْ يَروم ضَرَّهُ، ومن فعلَ هٰذا، فلا وُثوقَ به.

وأمَّا إذا صحَّ قصدُهُ، فاحتسبَ في طلب حيلةٍ، لا شُبهة فيها، ولا تَجُرُّ إلىٰ مَفْسدةٍ؛ ليخلِّصَ بها المُسْتَفتيَ من وَرْطَةِ[١] يمينٍ، ونحوِها، فذٰلك حَسَنٌ، وعليه[٢] يحملُ ما جاء عن بعض السلفِ من هٰذا.

وينبغي أَنْ لا يفتيَ في كُلِّ حالٍ تغيرُ خلقَهُ، وتُشغل قَلْبَه، وتمنعُه التثبُّتَ والتأمُّلَ، كحالة الغضبِ، أو الجوع، أو العطش، والحُزن، والفَرح الغالبِ، والنُّعاس، والمَلالة، والمرضِ المُقْلق، والحَرِّ المزعج، ومُدافعة الأخبثَين، ونحو ذٰلك.

ومتَىٰ أحسّ بشُغل قلبه، وخُروجه عن الاعتدالِ، لم يُفْتِ؛ فإِنْ أَفتىٰ في شيء مِنْ هٰذه الأحوالِ، وهو يعتقدُ أن ذٰلك لم يمنعْهُ من إدراك الصوابِ، صحَّت فتواهُ، وإِنْ كان مخاطِراً.

والأَوْلىٰ للمتصدِّي للفتوىٰ أَنْ يتبرَّع بذٰلك [١٢٢٧ / ب]، ويجوزُ أَنْ يأخذَ عليه رزقاً مِنْ بيت المالِ، إلاَّ إذا تعيَّن عليه، وله كفايةٌ، فالصحيحُ: أنه لا يجوزُ.

ثم إِنْ كان له رِزْق لا يجوزُ له أخذُ أُجرةٍ، وإن لم يكن له رزقٌ، لم يَجُزْ [له][٣] أخذ أجرة من أعيانِ المستفتين، كالحاكِم.

(١) في المطبوع: « وريطة ».
(٢) في المطبوع: « وعله ».
(٣) ما بين حاصرتين من المطبوع.

واحتالَ الشيخُ أبو حاتِمٍ القَزْوِيْنيُّ[(١)] في « حِيَلِهِ »[(٢)]، فقال: يقول للمستفتي: يلزَمُني أَنْ أفتيكَ قولاً، ولا يلزمُني أَنْ أكتبَ لك، فإن استأجَره على الكتابة، جازَ، وهٰذا الذي ذكره، وإنْ كان مكروهاً، فينبغي أَنْ لا يأخذَ من الأُجرة إلاَّ قَدْرَ أُجرة كتابةِ ذٰلك القَدْرِ لو[(٣)] لم يكن فتوىٰ؛ لئَلاَّ يكونَ آخِذاً زيادةً بسبب الإفتاءِ.

قال الصَّيْمَريُّ، والخَطيبُ[(٤)]، وغيرُهما: ولو اجتمعَ أهلُ البلدِ علىٰ أَنْ جَعلوا له رزقاً من أموالهم؛ ليتفرَّغَ لفتاويهم، جازَ.

وأَمَّا الهديَّة، فقال أبو المُظَفَّر السَّمْعَانِيُّ[(٥)] من أصحابنا: يجوز له قبولُها بخلاف الحاكم؛ لأنه يلزمُ[(٦)] حكمه.

قال الشيخ أبو عَمْرٍو[(٧)]: وينبغي أَنْ يحرمَ قبولها إنْ كانت رِشْوة علىٰ أَنْ يفتيَه بما يريد، كما في الحاكِم وسائِرِ ما لا يقَابل بالأعواض.

قال الخطيب: وعلىٰ الإمام أَنْ يفرضَ من بيتِ المال لمن نصبَ نفسَه لتدرِيس العلم، أو للفتوىٰ في الأحكام ما يُغنيه عن التكسُّب، ولا يجوزُ أَنْ يفتيَ فيما يتعلَّق بالألفاظِ، كالأيمانِ، والإقرار، والوصايا، ونحوِها، إلاَّ إذا كان من أَهلِ بلد اللاَّفِظِ، أو نازلاً منزلتَهم في الخبرة بمرادِهم في العادة.

---

(١) هو محمود بن الحسن الطبري، المشهور بالقزويني.

(٢) في المطبوع: « حيلة »، تصحيف. « الحِيَلُ » في الفقه: كتاب لأبي حاتم القزويني، مخطوط في برلين (٤٩٧٤)، وفي شستربتي (٤٤٦٣).

(٣) في المطبوع: « ولو »، الواو إقحام ناسخ.

(٤) **الخطيب**: هو البغدادي، أبو بكر، أحمد بن علي بن ثابت.

(٥) هو الشيخ الإمام العلامة المفتي، المحدث، فخر الدين، عبد الرحيم أبو المُظَفَّر ابن الحافظ الكبير أبي سَعْد السَّمعاني. ولد سنة (٥٣٧ هـ). أشغله أبوه بالفقه والحديث والأدب وحصَّل مِنْ كل فَنٍّ، وانتهت إليه رياسة الشافعية ببلده، وكان معظماً، محترماً، بصيراً بالمذهب، عُدِم في دخول التتار في آخر سنة (٦١٧) أو في أول سنة (٦١٨ هـ)، له ترجمة في (سير أعلام النبلاء: ٢٢ / ١٠٧ ـ ١٠٩)، وفي حاشيته مصادرها، وهٰذا العلم فات المصنف ترجمته في « تهذيب الأسماء واللغات » وهو من شرطه.

(٦) في المطبوع: « يلزمه ».

(٧) **أبو عَمْرو**: هو الإمام ابن الصلاح.

وليس للمفتي والعامِل علىٰ مذهب [الإمام][1] الشافعي في المسألة ذات الوجهَين، أو القولين أَنْ يفتيَ، أو يعملَ بما شاء منهما من غيرِ نظرٍ، وهـٰذا لا خلافَ فيه؛ بل عليه في القولَين أن يعملَ بالمتأخِّر منهما إِنْ علمه، وإِلَّا فبالذي رجَّحه الشافعيُّ، فإن لم يكن رَجَّح أحدَهما ولا علمَ السابق، لزمَهُ البحثُ عن أرجحِهما، فيعمل به، فإن كان أهلا للترجيح[2] اشتغلَ بهِ، متعرِّفاً ذٰلك من نُصوص الشافعيّ ومآخذِهِ، وقواعِده، وإلا فلينقُلْهُ عن الأصحاب الموصوفين بهـٰذه الصفة؛ فإِنْ لم يحصل له ترجيحٌ بطريقٍ، توقَّفَ.

وأما الوجهان فيتعرَّف أرجَحهما بما سبقَ، إلَّا أنه لا اعتبار بالتأخُّر إلَّا إذا وقَعا من شخص واحِدٍ.

وإذا كان أحدُهما منصوصاً للشافعيِّ، والآخَرُ مُخَرَّجاً، فالمنصوصُ هو الراجحُ المعمولُ به غالباً، كما إذا رجَّح الشافعيّ[3] أحَدَ القولَين؛ بل هـٰذا أَوْلىٰ.

ولو وجد من ليس أهلاً للترجيح[4] خلافاً للأصحاب في الأرجح من القولين، أو الوجهين، فليعتمدْ ما صحَّحه الأكثرون[5]، والأعلمُ، والأوْرَعُ؛ فإنْ تعارضَ أعلمُ وأورعُ، قدّم الأعْلَم، فإنْ لم يبلغْهُ عن أَحدٍ ترجيحٌ، اعتبرَ صفات الناقلينَ للقولَين، والقائلين للوجهَين، فما رواه البُوَيْطيُّ، والمُزَنِيُّ، والرَّبيْعُ المُرادي مقدَّمٌ عند أصحابنا علىٰ ما رواه الرَّبيْعُ الجِيْزي[6]، وحَرْمَلَةُ، كذا نقلَه الخَطَّابيُّ مِنْ أصحابِنا، عن أصحابنا، إلَّا أنه لم يذكرِ البُوَيْطِيَّ، وزدْتُهُ أنا؛ لكونه أَجَلَّ من الرَّبِيع، وأقدَمَ من المزنيِّ، وأخص بالشافعيِّ منه.

---

(١) ما بين حاصرتين من المطبوع.

(٢) في (ظ، أ): « للتخريج ».

(٣) في المطبوع زيادة: « في »، إقحام ناسخ.

(٤) في (ظ، أ): « للتخريج ».

(٥) في المطبوع: « الأكثر ».

(٦) هو الربيع بن سليمان الأزدي الجِيْزي، صاحب الشافعي رَحِمَهُ ٱللَّهُ، منسوب إلىٰ الجيزة، موضع معروف بمصرَ، روىٰ عنه: أبو داود السجستاني، والنسائي، والطحاوي، وآخرون، قال الخطيب البغدادي: كان ثقة، وقال مسلمة بن قاسم: « كان رجلاً صالحاً، كثير الحديث، مأموناً، ثقة »، مات في ذي الحجة سنة (٢٥٦ هـ). انظر ترجمته في: (تهذيب الأسماء واللغات: ١ / ٤٥٥ ـ ٤٥٦)، و(سير أعلام النبلاء: ١٢ / ٥٩١ ـ ٥٩٢). وفي حاشية الأخير مصادرها.



قال الشيخ أبو عَمْرٍو: ويترجَّحُ أيضاً ما وافقَ أكثرَ أئمةِ المذاهب.

وحكىٰ القاضي حُسينٌ فيما إذا كان للشافعيِّ قولانِ، أحدُهما كقولِ أبي حنيفةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ وجهين، قال الشيخ أبو حامد: المخالفُ لأبي حنيفة [رضي ٱلله عنه] أرجَحُ، فلو لم يَطَّلِعِ الشافعيُّ علىٰ معنًى [١٢٢٨ / أ] مخالفٍ لما خالفَهُ، والصحيح أَنَّ الموافِقَ أَوْلىٰ، وبه قَال القَفَّال، وهـٰذا إذا لم نَجِدْ مرجِّحاً مما سبق.

ولو تعارضَ جَزْمُ مصنِّفَينِ، فهو كتعارُض الوجهَين، فيرجع إلىٰ البحث كما سبقَ.

ويرجّح أيضاً بالكَثرة، فإذا جزم مُصَنِّفان بشيءٍ، وجزمَ ثالثٌ مساوٍ لأحدِهما بخلافهما، رَجَّحناهما عليه.

واعلم: أَنَّ نقل أصحابنا العراقيِّين لنصوصِ الشافعيِّ وقواعِدِ مذهبِهِ، ووجوهِ المتقدِّمين من أصحابنا أتقنُ وأثبتُ من نقلِ أصحابنا الخراسانِيِّين غالباً إِنْ لم يكن دائماً، وهـٰذا مِمَّا يتعلَّق بما نحن فيه.

ومِمَّا ينبغي أَنْ يرجَّح به أحدُ القولَين أَنْ يكون الشافعيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ ذكره في بابه ومَظِنَّته، والآخر جاء مستطرداً في بابٍ آخَرَ.

واعلم: أَنَّ هـٰذا الكتَاب الذي اختصرْتُهُ وهذَّبْتُهُ محصِّلٌ لك جميعَ ما ذكرتُهُ ولا أقولُ هـٰذا تبجُّحاً؛ بل نصيحةً للمسلمين، ومناصحةً للدِّين، وهما واجبان عليَّ وعلىٰ سائِرِ المكلَّفين.

واعلم: أنه يُكرَهُ للمفتي أن يقتصَر في جوابه علىٰ قوله: فيه قولانِ، أو وجهانِ، أو خلافٌ، ونحو ذٰلك؛ فإنَّ هـٰذا ليس جواباً صحيحاً للمستفتي، ولا يحصلُ به مقصوده، وهو بيان ما يعملُ به لما ذكرنا؛ بل ينبغي أَنْ يجزمَ بما هو الراجح، فإِنْ لم يظهَرْ له الراجحُ، انتظر ظهورهُ، أو امتنعَ من الإفتاءِ في المسألة، كما فعله كثيرون[١] من أصحابنا وغيرهم.

واعلم: أنه مَتَىٰ كان قولان: قديمٌ وجديدٌ، فالعملُ علىٰ الجديدِ إلاَّ في نحو عشرينَ، أو ثلاثينَ مسألةً، قد أوضحتُها مفَصَّلةً في أول « شرح المهـذب » مع

---

(١) في المطبوع: « كثير ».

ما يتعلق بها[١] ويترتَّب عليها . وبٱللهِ التوفيقُ .

وإذا كان في رُقعةِ الاستفتاءِ مسائلُ، فحسَنٌ أَنْ يرتّبَ الجواب علىٰ ترتيبِ الأسئلةِ.

وإذا كان في المسأَلة تفصيلٌ لم يطلقْ الجوابَ؛ فإنَّه خطأٌ بالاتفاق، وليس له أَنْ يكتبَ الجوابَ علىٰ ما يَعْلمهُ من صُورةِ الواقعةِ إذا لم يكُنْ في الرُّقعة تعرّض له؛ بل يذكرُ جوابَ ما في الرُّقعة، فإنْ أرادَ الجواب علىٰ خلافِ ما فيها، فليقُلْ: وإنْ كان الأمرُ كذا، فجوابُهُ كذا.

وإذا كتبَ الجوابَ، أعادَ نظرَهُ فيه وتأمَّله.

وإذا كان هو المبتدئَ بالإفتاءِ في الرُّقعة، قال الصَّيْمَريُّ وغيرُه: فالعادةُ قديماً وحديثاً أَنْ يكتبَ في الناحية اليسرىٰ؛ لأنه أَمكن.

قال الصَّيْمَريُّ وغيرُه: ولو كتبَ وسط الرُّقعة، أو [في][٢] حاشيتها، فلا عَتْبَ عليه، ولا يكتبُ فوقَ البسملةِ بحالٍ.

ويستحب عند إرادةِ الإفتاءِ أَنْ يستعيذَ من الشيطانِ، ويسمِّيَ ٱللهَ تعالىٰ، ويحمَدَهُ، ويصلِّيَ علىٰ النَّبيِّ ﷺ، ويقولَ: لا حولَ ولا قُوَّةَ إِلَّا بٱللهِ، ويقولَ: ﴿رَبِّ ٱشْرَحْ لِى صَدْرِى﴾ الآية [طه : ٢٥].

ويستحبُّ أن يكتبَ في أول فتواه: الحمدُ للهِ، أو: ٱللهُ الموفِّقُ، أو حسبُنا ٱللهُ، أو حَسبيَ ٱللهُ، ونحو ذٰلك، نقل ذٰلك الصَّيْمَريُّ عن كثيرين[٣]، وحَذفَهُ آخرون.

قال: ولا يَدَعُ أَنْ يختمَ جوابَه بقولِه: وٱللهُ أعلمُ، أو: وبٱللهِ التوفيقُ، ونحوه.

قال: ولا يقبحُ أن يقولَ: الجوابُ عندنا، أو الذي عندنا، أو الذي نذهبُ إليه كذا؛ لأنه من أهله.

قال: وإذا كان السائِل قد أغفلَ الدعاءَ للمجيبِ، أو الصلاةَ علىٰ رسولِ ٱلله ﷺ، في آخر الفتوىٰ [١٢٢٨ / ب]، ألحق المُفتي ذٰلك بخطِّه؛ فإنَّ العادة

---

(١) في المطبوع زيادة: « ويترتب بها ».
(٢) ما بين حاصرتين زيادة من المطبوع.
(٣) في المطبوع زيادة: « قال ».

جاريةٌ به، ويكتبُ بعدَ: والله أعلمُ، ونحوه: كتبه فلانٌ، أو فلان ابْنُ فلانٍ الفلاني، فينتسبُ إلىٰ ما يعرفُ به من قبيلةٍ، أو بلدٍ، أو غيرهما، ثم ينتسبُ إلىٰ المذهب، فيقول: الشافعيّ، أو الحنفيّ، ونحوهما.

قال الصَّيْمَريُّ: وإنْ كانتِ الفتوىٰ تتعلَّقُ بالسُّلطان، دعا له، فقال: وعلىٰ السلطانِ، أو علىٰ وليِّ الأمرِ، وفَّقه ٱللهُ، أو أصلحه ٱلله[١]، أو سَدَّده، أو شَدَّ أَزْرَهُ، ولا يقول: أطالَ ٱللهُ بقاءَه؛ فليست[٢] من ألفاظ السلف. وقد نقل النَّحَّاسُ[٣] اتفاقَ العلماء علىٰ كراهة[٤]: « أطال ٱللهُ بقاءَكَ ». وقد أوضحتُ هـٰذه اللفظةَ، وما يتعلَّقُ بها وما[٥] يشبهها في آخر كتاب « الأذكار »[٦].

---

(١) لفظ الجلالة: « الله » ليس في المطبوع.

(٢) في المطبوع: « فإنه ليس » بدل: « فليست ».

(٣) في (صناعة الكُتَّاب ص: ١٥٦)، و(النحاس): هو أبو جعفر، أحمد بن محمد بن إسماعيل المرادي المصري المعروف بـ: « النحاس »: نحوي، لغوي، مفسِّر، أديب فقيه، كان من أذكياء العالم، وفضلائهم ولد بمصر. ورحل إلىٰ بغداد، فأخذ عن المبرّد والأخفش والزجَّاج ونِفْطَوَيْه، وغيرهم، ثم عاد إلىٰ مصر فأقام بها، إلىٰ أن توفي بها سنة (٣٣٨ هـ) غرقاً في النيل. من مؤلفاته: « معاني القرآن »، و« صِناعة الكُتَّاب ». و« شرح المعلقات السبع »، له ترجمة في (السير: ١٥ / ٤٠١ ـ ٤٠٢)، و(معجم المؤلفين: ٢ / ٨٢ ـ ٨٣)، وفي حاشيتيهما مصادرها. وهـٰذا الإمام فات المصنف ترجمته في « تهذيب الأسماء واللغات »، وهو من شرطه.

(٤) في المطبوع: « كراهية ».

(٥) كلمة: « ما » ساقطة من المطبوع. وجاء في (أ): « وشبهها » بدل: « وما يشبهها ».

(٦) قال المصنف في (الأذكار ص: ٤٦٧) بتحقيقي: « الأشهر أنه يكره أن يقال: أطالَ اللهُ بقاءك، قال أبو جعفرٍ النحَّاس في كتابه: صناعة الكُتَّاب [ص: ١٥٦]): « كره بعض العلماء قولهم: أطال الله بقاءك، ورخَّص فيه بعضهم.

قال إسماعيل بن إسحاق: أول من كتب: « أطالَ الله بقاءَكَ » الزنادقة. وروي عن حَمَّاد بن سَلَمَةَ رَحِمَهُ ٱللهُ: أن مكاتبة المسلمين كانت: من فلان إلىٰ فلان: أما بعد: سلامٌ عليك فإني أحمد إليكَ الله (أي: أحمدُ الله معكَ) الذي لا إلـٰه إلاَّ هو، وأسأله أن يصلي علىٰ محمد وعلىٰ آل محمد، ثم أدخلتِ الزنادقة هـٰذه المكاتبات التي أولها: أطال الله بقاءك » اهـ.

وقال العلامة ابن علاَّن الصِّدِّيقيُّ في (الفتوحات الربانية: ٧ / ١٢٢ ـ ١٢٣): « نازع الأذرعي في إطلاق الكراهة، واختار أن الدعاء بذلك لأهل الدين والعلم وولاة العدل قُرْبةٌ، ولغيرهم مكروه؛ بل حرامٌ ».

قلت: عنون البخاري في (صحيحه: ١١ / ١٤٤ ـ الفتح) في الدعوات باب: دعوة النبي ﷺ لخادمه بطول العمر وكثرة المال. وانظر: (زاد المعاد: ٢ / ٤٧٣)، و(فتح الباري: ٤ / ٢٢٩).

وينبغي أَنْ يختصرَ جوابَهُ، ويكونَ بحيثُ يفهمُ للعامة فهماً جليّاً.

قال الصَّيْمَريُّ، والخطيبُ[1]، وغيرهما: وإذا سُئلَ عَمَّن قال: أنا أَصْدَقُ من محمَّدِ بنِ عبد ٱللهِ، أو الصلاةُ لَغْوٌ، ونحو هٰذه العبارات، فلا يبادر بفتواه[2]: هٰذا حلالُ الدمِ، أو عليه القتلُ؛ بل يقولُ: إِنْ ثَبَتَ هٰذا بإقراره، أو ببيِّنَةٍ، استتابَهُ السلطانُ؛ فإِنْ تابَ، قُبلَتْ توبَتُهُ، وإِلَّا فعلَ كذا وكذا وأشبعَ القولَ فيه.

وإن سُئلَ عن شيء يَحْتَمِلُ وجوهاً، يكفرُ ببعضِها دون بعض، قال: يسألُ القائل، فإن قال: أردْتُ كذا، فالجوابُ كذا، وإن قال: أردْتُ[3] كذا، فالجواب كذا.

وإذا سُئل عمَّن قتلَ، أو قلعَ سِنّاً، أو عيناً، احتاطَ في الجواب، فيذكرُ الشروطَ التي يجب باجتماعها القِصَاصُ.

وإذا سُئلَ عمَّن فعلَ ما يقتضي تعزيره، ذكر ما يعزَّرُ به فيقول: ضربَهُ السلطانُ ما بين كذا وكذا، ولا يزادُ علىٰ كذا، وينبغي أَنْ يلصقَ الجواب بآخِرِ الاستفتاء، ولا يَدَعُ بينهما فُرْجَةً؛ مخافةً مِنْ[4] أن يزيدَ السائلُ شيئاً يفسِدُ الجوابَ.

وإذا كان موضِعُ الجواب ورقةً ملصقةً، كتب علىٰ موضع الإلصاق، وإذا ضاقَ آخِرُ الورقة عن الجواب، لم يكتبْهُ في ورقةٍ أخرىٰ؛ بل في ظهرِ هٰذه، أو حاشيتها، وأيُّهما أَوْلىٰ؟ فيه ثلاثة أوجهٍ.

ثالثها: هما سواء، والراجحُ أَنَّ حاشِيتَها أَوْلىٰ، وبه قطع الصَّيْمَريُّ، وغيرُهُ.

ولْيَحْذَرْ أَنْ يميلَ في فتواهُ مع المستفتي، أو خَصْمِهِ، ووجوهُ الميلِ معروفةٌ.

ومنها: أن يكتبَ ما لَهُ دون ما عليه، وليس له أَنْ يعلمَ أحدَهما ما يدفعُ به حُجَّةَ صاحِبِهِ.

وإذا ظهر له أَنَّ الجوابَ خلافُ غَرَضِ المستفتي، وأنه لا يرضىٰ بكتابته في

---

(١) هو الخطيب البغدادي صاحب « تاريخ بغداد ».
(٢) في المطبوع: « بقوله » بدل: « بفتواه ».
(٣) في المطبوع: « أرددتُ ».
(٤) كلمة « من » ليست في المطبوع.

ورقتهِ، اقتصرَ علىٰ مُشافهته بالجواب، ويجبُ عليه عند اجتماع الرِّقاع أَنْ يقدِّمَ الأسبقَ فالأسبقَ، كالقاضي، وهـٰذا فيما يجب فيه الإفتاءُ، فإن تساوَوْا أو جهِل[(١)] السابق، أقرعَ والصحيحُ أنه يجوز تقديمُ المرأةِ، والمسافرِ الذي شدَّ رَحْله، ويتضرَّرُ بتخلُّفه عن رُفْقَته إلَّا إذا كثرَ المسافرونَ والنساءُ بحيثُ يتضرَّرُ غيرُهم تضرُّراً ظاهراً، فيقدّم حينئذ بالسَّبْقِ، ثم القُرعة، ثم لا يقدِّمُ أحداً إلا في فُتيا واحدةٍ.

قال الصَّيْمَريُّ وغيرُه: وإذا سُئِلَ عن ميراثٍ، فالعادةُ أَنْ لا يشترطَ في الورثة عدم الرقِّ، والكُفرِ، والقتلِ، وغيرهما مما يمنعُ الإرثَ؛ بل المطلَقُ محمولٌ علىٰ ذٰلك، بخلاف ما إذا أطلقَ الإخوة والأخوات. ولا بد مِنْ[(٢)] أن يقول في الجواب: مِنْ أبوَينِ، أو أبٍ، أو أمٍّ. وإذا سُئِلَ عن [١٢٢٩ / أ] المنْبَريَّةِ، وهي: زوجةٌ وأبوانِ، وبنتانِ، لا يقول: للزوجة الثمُنُ، ولا التسُعُ؛ لأنه لم يطلقْهُ أحدٌ من السَّلَف؛ بل يقول: لها الثمُنُ عائِلاً، وهو ثلاثةُ أسهمٍ من سبعةٍ وعشرينَ سهماً، أو لها ثلاثةُ أسهمٍ من سبعة[(٣)] وعشرين سهماً[(٤)].

وإذا كان في المذكورينَ مَنْ لا يرثُ أَفْصَحَ بسقوطِهِ، فقال: وسقطَ فلانٌ؛ فإن كان سقوطُهُ في حالٍ دون حالٍ، قال: وسقطَ فلانٌ في هـٰذه الحالةِ، ونحو ذٰلك؛ لئَلَّا يتوهم أنه لا يرثُ بحالٍ.

[قال][(٥)]: وينبغي أَنْ يكونَ شديدَ الاحترازِ في جواب المُناسخاتِ.

قال الصَّيْمَريُّ وغيرُهُ: وحَسنٌ أَنْ يقول: تُقسمُ التركةُ بعد إخراج ما يجبُ تقديمُهُ من دَيْنٍ، أو وصيَّةٍ إن كانا.

قالوا: وإذا رأىٰ في الرُّقعة فتوىٰ غيره مِمَّن هو أهلٌ للإفتاءِ، وخطُّهُ موافِقٌ لما عنده، كتبَ تحتَه: الجوابُ صحيحٌ، أو: جوابي مثلُ هـٰذا، أو: بهـٰذا أقولُ، وله أَنْ يكتبَ الجوابَ بعبارةٍ أَخْصَر من عبارةِ السابق.

---

(١) في المطبوع: « وجهل ».
(٢) كلمة: « مِنْ » ليست في المطبوع.
(٣) في (ظ، أ): « ثلاثة ».
(٤) كلمة: « سهماً » ليست في (ظ).
(٥) ما بين حاصرتين من المطبوع.

وإنْ كان فيها خَطُّ مَنْ ليس بأهلٍ، قال الصَّيْمَريُّ، وغيرُهُ: لم يُفْتِ معه؛ لأن ذٰلك تقريرٌ للخطأ؛ بل يضربُ عليه، وينهرُ المستفتيَ، ويعرِّفُهُ قُبْحَ ما فعلَهُ، وأنه كان واجباً عليه البحثُ عن أهلِ الفتوىٰ.

وإن رأىٰ فيها اسْمَ مَنْ لا يعرفه، سأل عنه؛ فإنْ لم يعرفْهُ، فله الامتناعُ؛ خوفاً مِمَّا قلناه. والأَوْلىٰ أَنْ يأمرَ صاحبَها بإبدالها، فإن أبىٰ، أجابَه شِفَاهاً، وإذا خاف فتنةً مِنَ الضربِ عليها، ولم تكن فُتياه خطأً، امتنَع من الإفتاءِ معه.

وهل يجوزُ للعاميِّ أَنْ يتخيَّرَ ويقلِّدَ أيَّ مذهبٍ شاءَ؟ نُظِرَ:

إن كان منتسباً إلىٰ مذهب، بُني علىٰ وجهين، حكاهما القاضي حُسَين في أن العاميَّ هل له مذهب، أم لا ؟.

أحدهما: لا؛ لأن المذهبَ لعارفِ الأدلَّةِ، فعلىٰ هـٰذا: له أَنْ يستفتيَ مَنْ شاء.

وأصحُّهما، عند القَفَّالِ: له مذهَبٌ، فلا تجوزُ مخالفته.

وإنْ لم يكن منتسباً إلىٰ مذهبٍ[١]، بني علىٰ وجهين، حكاهما ابْنُ بَرْهَان[٢]، بفتح الباءِ، من أصحابِنا: في أَنَّ العاميَّ هل يلزمُهُ التقيُّدُ بمذهبٍ معينٍ؟ أحدهما: لا، فعلىٰ هـٰذا: هل له أَنْ يقلِّدَ مَنْ شاء، أم يبحثُ عن أَسَدِّ[٣] المذاهب، فيقلِّد أهله؟ وجهانِ، كالبحثِ عن الأعْلَمِ.

والثاني: وبه قطعَ أبو الحَسَنِ، الْكِيَا[٤]: يلزمُهُ. وهو جارٍ في كل مَنْ يبلغُ رتبةَ

---

(١) قوله: « إلىٰ مذهب » ليس في (أ)، ولا المطبوع.

(٢) هو أبو الفتح، أحمد بن علي بن محمد، المعروفِ بـ: « ابْن بَرْهان » بفتح الباء وسكون الراء: فقيه شافعي، ولد ببغداد سنة (٤٤٤ هـ) وقيل سنة: (٤٧٩ هـ): كان متبحراً في الأصولِ والفروع، والمتفق والمختلف. وكان ذكياً يضرب به المثل في حل الإشكال، تفقَّه علىٰ أبي حامد الغزاليِّ، وأبي بكرٍ الشاشيِّ، والْكيا أبي الحسن الهَرَّاسي، وصار ماهراً في فنونه، ولي التدريس بالمدرسة النظامية ببغداد دون الشهر، ومات سنة (٥٢٠ هـ) ببغداد. من مؤلفاته: « الوجيز في أصول الفقه »، و« البسيط »، و« الوسيط ». له ترجمة في (وفيات الأعيان: ١ / ٩٩)، وفي (الذيل علىٰ طبقات ابن الصلاح: ٢ / ٧١٢)، وفي حاشيتيهما مصادرها. وهـٰذا العلم لم يورده العلامة النووي في « تهذيب الأسماء واللغات »، وهو من شرطه.

(٣) في (ظ): « أَشد ».

(٤) هو عماد الدين، علي بن محمد الطبري، المعروف بـ: « الْكِيَا الهَرَّاسي » الأصولي، المتكلم، =

الاجتهادِ من الفقهاء وأصحابِ سائرِ العلوم؛ لِئَلَّا يتلقطَ رُخَصَ المذاهب بخلاف العصرِ الأولِ، فلم[١] تكن مذاهبُ مدونة، فيتلقط رُخَصها. فعلىٰ هـٰذا: يلزمُهُ أَنْ يختارَ مذهباً يقلِّده في كُلِّ شيء، وليس له التمذهبُ بمجرَّد التشهِّي، ولا بما وَجَدَ عليه أباه، هـٰذا كلام الأصحاب. والذي يقتضيه الدليلُ: أنه لا يلزمُهُ التمذهبُ بمذهَبٍ؛ بل يستفتي مَنْ شاء، أو من اتفقَ، لـٰكن من غير تلقُّطٍ للرُّخَصِ، ولعلَّ مَنْ منعه لم يَثِقْ بعدم تلقُّطه.

وإذا استفتىٰ فأفتاه[٢] المفتي، فقال أبو المُظَفَّرِ السَّمْعَانِيُّ: لا يلزمُهُ العملُ به إلَّا بالتزامه[٣].

قال: ويجوزُ أَنْ يقالَ: يلزمُهُ إذا أخذ في العمل به.

وقيل: يلزمُهُ إذا وقعَ في نفسه صحتُهُ.

قال: وهـٰذا أولىٰ الأوجُهِ، والمختارُ ما نقله الخطيبُ، وغيرُهُ، أنه إذا لم يكُنْ هناك مُفْتٍ آخَر، لزمَهُ بمجرَّد فتواه، وإن لم تسكُنْ نفسهُ.

وإنْ كان هناك آخَر لم يلزمْهُ بمجرَّد إفتائِهِ؛ إذْ له أنْ يسألَ [١٢٢٩ / ب] غيرَه، وحينئذ فقد يخالفه، فيجيءُ فيه الخلافُ السابق في اختلاف المفتِيَين.

= القاضي، الفقيه الشافعيُّ. قال ابن خَلِّكان في (وفيات الأعيان: ٣ / ٢٨٩): « ولم أعلم لأيِّ معنًى قيل له: الكيا، وفي اللغة العجمية: الكيا: هو الكبير القَدْر، المقدَّم بين الناس، وهو بكسر الكاف، وفتح الياء المثنَّاة من تحتها، وبعدها ألف ». وقال الزركلي في (الأعلام: ٤ / ٣٢٩): « والهَرَّاسي فارسيَّة بمعنىٰ الذعر ». ولد الكيا في طبرستان سنة (٤٥٠ هـ)، وسكن بغداد فدرَّس بالنظامية، ووعظ، وكان حسن الوجه، جهوري الصوت، فصيح العبارة، حلو الكلام، محدثاً يستعمل الأحاديث في مناظراته ومجالسه، ومن كلامه: إذا جالت فُرْسان الحديث في ميادين الكفاح، طارت رؤوس المقاييس في مهاب الرياح. وكان الكيا من رؤوس معيدي إمام الحرمين في الدرس، وكان ثاني أبي حامد الغزالي، مات ببغداد سنة (٥٠٤ هـ)، من كتبه: « أحكام القرآن » و« شفاء المسترشدين في مباحث المجتهدين »، و« التعليق في أصول الفقه »، له ترجمة في (وفيات الأعيان: ٣ / ٢٨٦ ـ ٢٩٠)، و(طبقات ابن هداية الله ص: ١٩١ ـ ١٩٢)، وفي حاشيتيهما مصادرها. وهـٰذا العلم لم يترجم له العلامة النووي في « تهذيب الأسماء واللغات »، وهو من شرطه.

(١) في المطبوع: « ولم ».

(٢) في المطبوع: « وأفتاه ».

(٣) في المطبوع: « بإلزامه ».

وينبغي للمستفتي أَنْ يبدأ مِنَ المُفتين بالأسَنِّ الأعلمِ، وبالأَوْلىٰ فالأولىٰ، إنْ[1] أرادَ جمعَهم في رُقعة، وإنْ أرادَ إفرادَهم في رِقَاع، بدأ بمَنْ شاء، وتكونُ رُقعةُ الاستفتاء واسعةً، ويدعو في الورقةِ لمن يستفتيه، ويدفعُ الورقَة إلىٰ المفتي منشورةً، ويأخذُها منشورةً، فيريحهُ من نَشْرِها وَطيِّها.

وإذا لم يَجِدْ صاحبُ الواقعةِ مُفتياً في بلده، ولا غيرِهِ، ولا من ينقل له[2] حكمَها، قال الشيخُ أبو عَمْرٍو[3]: هـٰذه مسألة فترة الشريعة الأُصولية، وحكمُها حكمُ ما قبلَ ورودِ الشرعِ، والصحيحُ في كل ذٰلك؛ أَنْ لا تكليفَ ولا حكمَ في حَقِّهِ أصلاً، فلا يُؤاخَذُ إذاً صاحبُ الواقعةِ بِشَيءٍ يَصْنَعُهُ[4]. فهـٰذا آخرُ النبذِ التي يَسَّرَ ٱللهُ الكريمُ إلحاقَها، وهي وإنْ كانت طويلةً بالنسبة إلىٰ هـٰذا المختصَر، فهي قصيرةٌ بالنسبة إلىٰ ما ذكرته في « شَرْح المهذَّب »، وموضعُ بسطِها، والزياداتُ، والفروعُ هناك. وهـٰذا الفَصْلُ مما يكثرُ الاحتياجُ إليه، فلهـٰذا بسطناه أدنىٰ بسطٍ. **وٱللهُ أعلمُ**.

المسألة الثالثةُ: يستحبُّ للإمام أَنْ يأذنَ للقاضِي في الاستخلاف، فإنْ لم يأذَنْ، فله حالان.

أحدهما: أَنْ يطلقَ التوليةَ، ولا ينهاهُ عن الاستخلافِ؛ فإنْ أمكنه القيامُ بما تولَّاه، كقضاءِ بلدةٍ صغيرةٍ، فليس له الاستخلافُ علىٰ الأصحِّ، وإنْ لم يُمكنه، كقضاءِ بلدتَين أو بلد كبير، فله الاستخلافُ في القَدْرِ الزائِد علىٰ ما يمكنُهُ، وليس له الاستخلافُ في الممكن علىٰ الأصحِّ، والقياسُ فيما إذا أذِنَ له أَنْ يكون في القَدْرِ المستخلف فيه هـٰذان الوجهان، إلَّا أَنْ يصرِّحَ بالاستخلاف في الجميعِ.

وقطع ابْنُ كَجٍّ بالجوازِ في الكُلِّ عند مُطْلَقِ الإذن.

الحال الثاني: أن ينهاهُ عن الاستخلافِ، فلا يجوزُ الاستخلافُ؛ فإنْ كان ما فوَّضه إليه لا يمكنُهُ القيامُ به، فقال القاضي أبو الطيِّب: هـٰذا النهي كالعدَم، والأقربُ أَحَدُ أمرَين: إمَّا بطلانُ التولية، وبه قال ابْنُ القَطَّانِ، وإمَّا اقتصاره علىٰ الممكن، وتركُ الاستخلافِ.

---

(١) في المطبوع: « فإن ».

(٢) كلمة: « له » ليست في المطبوع.

(٣) هو الحافظ ابن الصلاح.

(٤) في المطبوع: « شيء صنعه ».

قلتُ: هٰذا أرجَحهُمَا. **واللهُ أعلمُ**.

وجميعُ ما ذكرناه في الاستخلاف العامِّ، وأمَّا[(١)] في الأمورِ الخاصَّة؛ كتحليفٍ وسَماعِ بيِّنةٍ، فقطعَ القَفَّالُ بجوازه؛ للضرورة.

وقال غيرُهُ: هو على الخلافِ، وهو مُقتضىٰ إطلاقِ الأكثرينَ.

فُرُوعٌ

أحدُها: يشترطُ في الذي يستخلفُه ما يشترطُ في القاضي.

قال الشيخُ أبو محمَّدٍ، وغيرُهُ: فإنْ فوّض إليه أمراً خاصّاً، كفَاه من العلم ما يحتاجُ إليه في ذٰلك الباب حتَّىٰ إنَّ نائب القاضي في القُرىٰ إذا كان المفوَّضُ إليه سَمَاعَ البَيِّنة ونقلَها دون الحكم، كفاه العلمُ بشروط سَمَاعِ البَيِّنة، ولا يشترطُ فيه رتبةُ الاجتهادِ.

الثاني: قال الرُّوْيَانيُّ[(٢)] في «التَّجربة»: نَصُّ الشافعيِّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ في «المبسوط»[(٣)] يدلُّ علىٰ أَنَّ الحاكم الشافعيَّ لا يجوز أَنْ يستخلفَ مَنْ يخالفه، والمعروفُ في المذهب خلافُهُ؛ لأن الحاكِم يعملُ باجتهاده حتَّىٰ لو شرطَ علىٰ النائِب أَنْ يخالفَ اجتهادَه، ويحكمَ باجتهادِ المُنيب لم يَجُزْ، وكذا إذا جوَّزنا توليةَ المقلّد للضرورة، فاعتقادُ المقلّد في حقِّه كاجتهاد المجتهد، فلا يجوز [١٢٣٠ / أ] أَنْ يشرطَ عليه الحكم بخلافِ اعتقادِ مقلّده، فلو خالفَ، وشرطَ القاضي الحَنَفيُّ علىٰ النائب الشافعيِّ الحكمَ بمذهب أبي حنيفة، قال في «الوسيط»: له الحكمُ في المسائل التي اتفقَ عليها الإمامانِ دون المختلَف فيها، وهٰذا حكمٌ منه بصحة الاستخلافِ، لكنْ قال الماوَرْدِيُّ، وصاحبا «المهذَّب»[(٤)]، و«التهذيب» وغيرُهم: لو قَلَّدَ الإمامُ رجلاً القضاءَ علىٰ أن يقضيَ بمذهبِ عَيَّنَهُ، بَطَلَ التقليدُ. ومُقتضىٰ هٰذا: بطلانُ الاستخلافِ هناك.

---

(١) في (أ)، والمطبوع: «أمَّا» بدون «الواو».

(٢) هو القاضي الروياني، صاحبُ «البحر».

(٣) **المبسوط**: صنَّفه الإمام حرملة بن يحيىٰ، أحد رواة كتب الشافعي رَحِمَهُ ٱللَّهُ. انظر: «تهذيب الأسماء واللغات: ١ / ٣٨٧ ـ ٣٨٨».

(٤) انظر: «المهذب: ٥ / ٤٧٤».

وفي « فتاوىٰ القاضي حُسَين »: أن الإمامَ الحنفيَّ لو ولّىٰ شافعيّاً بشرط أَنْ لا يقضيَ بشاهدٍ ويمين، ولا علىٰ غائب، صحَّتِ التوليةُ، ولغَا الشرطُ، فيَقْضي بما أدَّىٰ إليه اجتهادُهُ، ومُقْتضىٰ هـٰذا: أَنْ لا يراعىٰ الشرط هناك.

قال الماوَرْدِيُّ: ولو لم تَجْرِ صيغةُ الشرطِ؛ بل قال الإمامُ: قلدتُكَ القضاءَ، فاحكم بمذهب الشافعيِّ، ولا تحكم بمذهبِ أبي حنيفَةَ، صحَّ التقليدُ، ولغَا الأمرُ والنهيُ، وفيه احتمال.

قال: ولو قال: لا تحكُمْ في قتل المسلمِ بالكافرِ، والحُرِّ بالعبدِ، جازَ، وقد قصر عمله علىٰ باقي الحوادثِ.

وحكىٰ وجهَين فيما لو قال: لا تَقْضِ فيهما بقصَاصٍ: أنه يلغو، أم يكونُ منعاً له من[1] الحكم في القصاص؛ نَفْياً وإثباتاً.

الثالثُ: حيثُ مَنَعْنا الاستخلافَ، فاستخلفَ، فحكمُ الخليفةِ باطل، لـٰكن لو تراضىٰ خصمانِ بحُكمه، كان كالمُحَكَّم وليس للقاضي إنفاذُ حُكمه؛ بل يستأنفُ الحكمَ بينهما.

وإذا جوَّزْنا الاستخلافَ، فاستخلفَ مَنْ لا يصلحُ للقضاء، فحكمُه باطِل أيضاً، ولا يجوزُ إنفاذُهُ.

المسألة الرابعةُ: إذا نصبَ الإمامُ قاضِيَين في بلدٍ واحدٍ، نُظِرَ: إنْ خصَّ كُلَّ واحدٍ بطرَفٍ منه، أو بزَمانٍ، أو جعلَ أحدَهما قاضياً في الأموالِ، والآخَرَ في الدماءِ والفُروج، جازَ.

قال ابْنُ كَجٍّ: وكذا لو ولاَّهما علىٰ أَنْ يحكم كُلُّ واحدٍ منهما في الواقِعة التي يرفعها المتخاصِمانِ إليه.

وإنْ عمَّم ولايتهما؛ مكاناً وزماناً وحادثةً؛ فإنْ شرطَ عليهما الاجتماع في الحكم، لم يَجُزْ؛ لأنَّ الخلاف يكثُرُ في مَحَلِّ الاجتهادِ، فتتعطَّلُ الحكوماتُ، وإن أثبتَ لكلِّ واحدٍ الاستِقلال، فوجهان.

---

(١) في المطبوع: « في ».



أحدهما: لا يجوزُ كالإمامة العظمىٰ، فعلىٰ هٰذا: إن ولاَّهما معاً، بَطَلَتْ توليتُهما، وإنْ ولاَّهما متعاقِبين، صحَّتْ توليةُ الأَولِ دون الثاني.

وأصحُّهما: الجوازُ، كالوكيلَين والوصيَّين، فعلىٰ هٰذا: لو تنازعَ الخصمانِ في إجابة داعي القاضِيين يُجابُ مَنْ سبقَ داعِيه، فإنْ جاءا معاً أقرعَ، وإن تنازعا في اختيار القاضيين، فقد أطلق الغزاليُّ أنه يقرعُ.

وقال الماوَرْدِيُّ: القولُ قولُ الطالِبِ دون المطلوب؛ فإن تساويا، حَضَرا عند أقرب القاضيين إليهما، فإنِ استويا في القُرب فالأصحُّ أنه يقرعُ، وقيل: يمنعانِ من التخاصم حتَّىٰ يتفقا علىٰ أحدِهما، وإنْ أطلقَ نصب قاضيين، ولم يشرطِ اجتماعهما، ولا استقلالهما، فقال[1] صاحبُ « التقريب »: يحملُ علىٰ إثبات الاستقلالِ؛ تنزيلاً للمطلق علىٰ ما يجوز.

وقال غيرُهُ: التولية باطلة حتَّىٰ يصرّح بالاستقلال.

قلتُ: قولُ صاحب « التقريب » [١٢٣٠ / ب] أصحُّ، وبه قطع الرافعيُّ في « المحرَّر ». **واللهُ أعلمُ.**

الخامسةُ: هل يجوزُ أَنْ يُحَكِّمَ الخصمانِ رجلاً غيرَ القاضي ؟ وهل لحكمه بينهما اعتبار ؟ قولان.

أظهرهما عند الجمهور: نَعَمْ، وخالفهم الإمامُ[2] والغزاليُّ، فرجَّحا المنْعَ.

وقيل: القولانِ في الأموالِ فقط، فأما النكاحُ واللعانُ، والقصَاصُ، وحَدُّ القذفِ، وغيرُها، فلا يجوزُ فيها التحكيمُ قطعاً، والمذهبُ: طَرْدُ القَولين في الجميع، وبه قطعَ الأكثرونَ، ولا يجري[3] في حدودِ اللهِ تعالىٰ علىٰ المذهب؛ إذ ليس لها طالِبٌ معيَّنٌ.

وفي « التهذيب »[4] وغيره ما يقضي ذهابَ بعضِهم إلىٰ طردِ الخلافِ فيها، وليس بشيء.

---

(١) في المطبوع: « قال ».
(٢) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٥٨٢).
(٣) في المطبوع، و(أ): « ولا يجزىء ».
(٤) انظر: « التهذيب: ٨ / ١٩٧).

وقيل : القولانِ في التحكيم في حُقوق الآدميِّين مخصوصانِ بما إذا لم يكن في البلدِ قاضٍ ، فإن كان لم يَجُزْ .

وقيل : هما إذا كان قاضٍ ، وإلَّا فيجوزُ قطعاً ، والمذهبُ طَرْدُهما في الحالَين ، فإذا جوَّزْنا التحكيمَ اشترطَ في المُحَكَّم صفات القاضي ، ولا ينفذُ حكمُهُ إلَّا علىٰ مَنْ رضي بحكمه حتَّىٰ لا تُضْرَبَ ديةُ الخطأ علىٰ العاقِلة إذا لم يرضُوا بحكمه ، ولا يكفي رضا القاتل ، وقيل : يكفي ، والعاقلة تَبَعٌ له ، والصحيحُ : الأولُ .

قال السَّرْخَسِيُّ[1] : الخلاف مخصوصٌ بقولنا : تجبُ الديةُ علىٰ الجاني ، ثم تَحْمِلُها العاقِلة ، فإنْ قلنا : تجبُ عليها ابتداءً لم تُضْرَبْ عليهم إلَّا بِرِضَاهم قطعاً ، وهـٰذا حَسَنٌ .

قال السَّرْخَسِيُّ : وإنما يشترطُ رِضَا المتحاكِمين إذا لم يكن أحدُهما القاضيَ نفسَه ، فإنْ كان ، فهل يشترطُ رضَا الآخَر ؟ فيه اختلافُ نَصٍّ ، والمذهبُ : أنه لا يشترطُ ، وليكُنْ هـٰذا مبنيّاً علىٰ جَواز الاستخلافِ إنْ جاز ، فالمرجوعُ إليه نائبُ القاضي .

قال : ويشترطُ علىٰ أحدِ الوجهَين كونُ المتحاكمين بحيثُ يجوزُ للمحكَّم أَنْ يحكمَ لكلِّ واحدٍ منهما ، فإن كان أحدُهما ابْنَهُ ، أو أباه ، لم يَجُزْ . وليس للمحكَّمِ الحبسُ ؛ بل غايتُهُ الإثباتُ والحكمُ .

وقيل : يحبسُ وهو شاذٌّ .

وهل يلزمُ حكمهما[2] بنفسِ الحُكم ، كَحُكم القاضي ، أم لا يلزم[3] إلَّا بتراضيهما بعد الحكم ؟ فيه قولانِ ، ويقال : وجهان .

أظهرهما: الأولُ .

ومتَىٰ رجعَ أحدُهما قبل الحكم ، امتنعَ الحكمُ حتَّىٰ لو أقامَ المدَّعي شاهدَين ، فقال المدَّعَىٰ عليه : عزلْتُك ، لم يكن له أَنْ يحكمَ .

---

(١) السَّرْخَسِيُّ : هو أبو الفَرَج الزَّازُ ، عبد الرحمـٰن بن أحمد .

(٢) في (فتح العزيز : ١٢ / ٤٣٧) : « حكمُهُ » .

(٣) في المطبوع : « لا يلزمه » .

وقال الإِصْطَخْرِيُّ: إِنْ أَحَسَّ المُدَّعَىٰ عليه بالحكم فرجعَ، ففي تمكينه من الرجوع وجهانِ خَرَّجهما، والمذهب: الأولُ.

وإذا جوَّزنا التحكيمَ في غير الأموال، فخطبَ امرأةً، وحكَّما رجلاً في التزويجِ، كان له أن يزوّجَ، قال الرُّوياني: وهـٰذا هو الأصحُّ، واختيارُ الأُستاذين: أبي إسحاقَ الإِسْفَرَاييني، وأبي طاهر الزِّيَادِيِّ، وغيرِهما من المشايخ، وإنما يجوزُ فيه التحكيم إذا لم يكُنْ لها وَليٌّ خاصٌّ من نَسيب، أو مُعْتقٍ، وشرطَ في « بعض الشروح » أَنْ لا يكون هناك قاض.

وحكىٰ صاحب « العُدَّة » القاضي أبو المكارمِ الطبريُّ[1] ابْنُ أُخْتِ الرُّوْيانِيِّ وجهَين في اشتراطِهِ، وليكُنْ هـٰذا مبنيّاً علىٰ الخلاف في أنه هل يفرّق في التحكيم بين أَنْ يكون في البلد قاضٍ، أم لا ؟ وإذا رفعَ حكم المحكَّم إلىٰ القاضي، لم ينقضْهُ إلَّا بما ينقض قضاء غيره.

المسألةُ السادسَةُ: في أحكامٍ منثورةٍ تتعلَّقُ بالتولية.

يجبُ علىٰ الإمام نَصْبُ القاضي في كل بلدةٍ وناحية خاليةٍ عن قاضٍ؛ فإنْ عرفَ حال مَنْ يولِّيه عدالةً وعلماً، فذاكَ، وإلَّا أحضَره [١٢٣١ / أ] ، وجمعَ بينه وبين العلماءِ؛ ليعرفَ علمه، ويسأل عن سيرته جيرانه وخُلطاءه، فلو وَلَّىٰ مَنْ لا يعرفُ حاله، لم تنعقِدْ توليتُهُ، وإنْ علم بعد ذٰلك كونه بصفةِ القضاةِ.

ويجوزُ أَنْ يجعلَ الإمامُ نَصْبَ القاضي إلىٰ والي الإقليمِ، وأميرِ البلدة، وإنْ لم يكن المجعولُ إليه صالحاً للقضاء؛ لأنه وكيلٌ مَحْضٌ، وكذا لو فوّضَ إلىٰ واحد من المسلمين اختيار قاضٍ. ثم ليس له أَنْ يختارَ والدَهُ، ولا ولدَه، كما لا يختارُ نفسَه. وكذا[2] لو قال لأهل بلدٍ: اختاروا رجلاً منكم، وقلِّدوه القضاءَ، قال ابْنُ كَجٍّ: جاز علىٰ الأصحِّ.

ويشترطُ في التولية تعيينُ محلِّ ولايته من قريةٍ، أو بلدةٍ، أو ناحيةٍ، ويشترطُ

---

(١) أبو المكارم الطبري: هو عبد الله أو إبراهيم بن علي الرُّوياني، لم يذكروا تاريخ وفاته، وهو ابن أخت القاضي أبي المحاسن عبد الواحد بن إسماعيل صاحب « البحر » المتوفىٰ سنة (٥٠١ هـ). انظر: (تهذيب الأسماء واللغات: ٢ / ٥٨٥).

(٢) كلمة: « كذا » ليست في المطبوع.

تعيينُ المُوَلَّىٰ، فلو قال: ولَّيتُ أحَدَ هٰذين، أو مَنْ رغبَ في القضاءِ ببلدةِ كذا من عُلمائها، لم يَجُز.

ولو قال: فوَّضتُ القضاءَ إلىٰ فلانٍ وفلانٍ، فهٰذا نصبُ قاضِيَين.

وفي «الأحكام السُّلطانية» للقاضي الماوَرْدِيِّ: أَنَّ توليةَ القضاءِ تنعقدُ بما تنعقدُ به الوكالةُ، وهو المشافَهة باللفظِ، والمراسَلةُ، والمكاتَبة عند الغَيْبة. ويجيءُ في المُراسَلة والمكاتَبة خلافٌ [كما سبق في الوكالة، وإن كان المذهبُ الصحةَ] كما ذكره.

وفيه: أَنَّ صريحَ اللفظ: ولَّيتك القضاءَ، واستخلفتُكَ، واستَنَبتُكَ، ولم يذكرِ التفويض بصيغة الأمر، كقولِهِ: اقْضِ بين الناس، أو احْكُمْ ببلدةِ كذا، وهو ملحقٌ بالصرائِح، كما في الوكالة.

وفيه: أن الكناياتِ: اعتمدْتُ عليكَ في القضاء، أو رَدَدْتُهُ إليك، أو اعتمدْتُ، أو فوَّضْتُ، أو وكَّلْتُ، أو أسندْتُ، وينبغي أَنْ يقترنَ بها ما يلحقها بالصرائِح ولا يكاد يتضحُ فرقٌ بين: ولَّيْتُكَ القضاءَ، وفوَّضْتُه إليكَ.

قلتُ: الفرق واضحٌ؛ فإن قولَه: ولَّيتُك متعيّن لجعلِهِ قاضياً، وفوَّضْتُ إليكَ محتملٌ لأن[1] يرادَ توكيلُه في نَصْبِ قاضٍ. **واللهُ أعلمُ.**

وفيه: أَنَّ عند المُشَافهة يشترطُ القَبولُ علىٰ الفور، وفي المراسَلة والمكاتَبة لا يشترطُ الفورُ، وقد سبقَ في الوكالة خلافٌ في اشتراط القَبُول، وأنه إذا اشترطَ، فالأصحُّ أنه لا يعتبرُ الفور، فليكُنْ هٰكذا هنا.

فَرْعٌ: يجوزُ تعميمُ التولية وتخصيصُها، إمَّا في الأشخاص؛ بأَنْ يولِّيَهُ القضاءَ بين سكَّانِ محلَّةٍ، أو قبيلةٍ، أو في خصوماتِ شخصَين مُعَيَّنين، أو ولَّاهُ القضاءَ بين مَنْ يأتيه في داره، أو في مسجده مِنْ الخُصوم، وإمَّا في الحوادث بأَنْ يوَلِّيهُ القضاءَ في الأنكِحة دونَ الأموال، أو عكسه، أو في قَدْرٍ معيَّن من المال، وإمَّا في طرفِ الحُكم بأَنْ يولِّيَهُ القضاءَ بالإقرار دونَ البـيِّنة أو عكسه، وإمَّا في الأمكنة وهو ظاهر، وإمَّا في الأزمنة؛ بأن يولِّيه سَنَةً، أو يوماً معيَّناً، أَو يوماً سمَّاه من كل أُسبوعٍ.

---

(١) في المطبوع: «أَنْ».

وحكىٰ ابْنُ كَجٍّ وجهاً: أنه إذا قال: ولَّيْتُكَ سَنَةً، بَطَلَتِ التوليةُ كما في الإمامة، والمذهبُ الأولُ، كالوَكالة، ولو كان كالإمامة، لما جازَ باقي التخصيصات.

وَمَنْ وليَ [القضاءَ] مُطلقاً، استفادَ سَمَاعَ البَيِّنةِ، والتحليفَ، وفَصْلَ الخصوماتِ بحكمٍ باتٍّ، أو إصلاحٍ عن تراضٍ، واستيفاءَ الحقوقِ والحبس عند الحاجة، والتعزير، وإقامة الحدود، وتزويج مَنْ ليس لها وليٌّ حاضر[١]، والولاية في مالِ الصغار، والمجانينِ، والسفهاء، والنظر في الضَّوالِّ، وفي الوقوفِ[٢]؛ حفظاً للأصولِ، وإيصالاً للغلَّاتِ إلىٰ مَصَارِفها بالفحْص عن حالِ المتولّي إذا كان لَها متولٍّ، وبالقيام بهِ [١٢٣١ / ب] إذا لم يكُنْ.

قال الماوَرْدِيُّ: ويعمُّ نظره في الوُقُوف العامةِ والخاصةِ؛ لأن الخاصَّةَ ستنتهي إلىٰ العمومِ، والنَّظر في الوصايا، وتَعْيين المصروف إليه، إنْ كانت لجهةٍ عامَّة بالقيام بها إن لم يكن وَصِيٌّ، وبالفَحْصِ عن حالِهِ إنْ كان، والنظر في الطُّرُقِ، والمنع مِنَ التعدِّي فيها بالأبنية، وإشراعِ ما لا يجوزُ إشراعهُ.

قال القاضي أبو سَعْدٍ الهَرَوِيُّ: ونَصْب المُفتين والمحتَسبينَ وأخْذ الزكواتِ.

وفَصَّلَ الماوَرْدِيُّ أمرَ الزكواتِ، فقال: إنْ[٣] أقامَ الإمامُ لها ناظراً خرجَتْ عن عُموم ولاية القاضي، وإلَّا فوجهانِ، ويشبهُ أَنْ يطردَ هٰذا التفصيلُ في المحتسِبين، وكذا القول في إمامةِ[٤] صلاةِ الجُمُعة والعيدِ.

ويقربُ من هٰذه الأمورِ نصبُ الأئمّة في المساجِد، وليس للقاضي جبايةُ الجِزْيَة، والخراجِ بالتولية المُطْلَقةِ علىٰ الأصحِّ.

الطَّرفُ الثاني: في العَزْلِ والانعزالِ.

وفيه مسائل:

الأولىٰ: إذا جُنَّ، أو أُغمي عليه، أو عَمِيَ، أو خَرِسَ، أو خَرَجَ عن أهليَّة

---

(١) في (ظ، أ): « خاص ».
(٢) في المطبوع: « الوقف »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٢ / ٤٤٠).
(٣) في المطبوع: « إذا ».
(٤) في المطبوع: « إقامة ».

الضبطِ والاجتهادِ؛ لغفلةٍ، أو نسيانٍ، لم يَنْفُذْ حُكمُهُ، وكذا لو فسقَ علىٰ الأصحِّ، فلو زالت هـٰذه الأحوالُ، ففي عَوْدِ ولايَتِهِ من غير توليةٍ مُستأنفة وجهان، سبقَا في « كتاب الوصايا »:

الأصح: لا تعود[1]، وقطعَ السَّرْخَسِيُّ بعَوْدِها في صورة الإغماء.

ولو أخبرَ الإمام بموت القاضي أو فِسقه، فولَّىٰ قاضياً، ثم بانَ خلافُهُ، لم يَقْدَحْ في توليةِ الثاني.

الثانية: في الحال الذي يجوزُ فيه عَزْلُهُ؛ فإنْ ظهر منه خَلَلٌ، فللإمام عَزْلُهُ.

قال في « الوسيط »: ويكفي فيه غَلَبَةُ الظنِّ.

وإنْ لم يظهَرْ خَلَلٌ، نُظِرَ:

إنْ لم يكُنْ مَنْ يصلُحُ للقضاءِ، لم يَجُزْ عَزْلُهُ، ولو عَزَلَهُ، لم ينعزِلْ.

وإنْ كان هناك صالحٌ، نُظِرَ:

إنْ كان أفضلَ منه، جازَ عَزْلُهُ، وانعزَلَ المفضولُ بالعَزْلِ، وإنْ كانَ مثلَه أَو دونَه؛ فإنْ كان في العزل به مصلحةٌ من تسكينِ فتنةٍ ونحوِها، فللإمام عَزْلُهُ به، وإن لم يكن فيه مصلحةٌ، لَمْ يَجُزْ، فلو عَزَلَهُ، نفذَ علىٰ الأصحِّ؛ مراعاةً لطاعة السلطان، ومتَىٰ كان العزلُ في محلِّ النظرِ، واحتملَ أَنْ يكون فيه مصلحةٌ، فلا اعتراضَ علىٰ الإمام فيه، ويحكمُ بنفوذِهِ.

وفي « بعض الشروح » أَنَّ توليةَ قاضٍ بعدَ قاضٍ، هل هي عَزْلٌ للأولِ؟ وجهان، وليكونا مبنيَّين علىٰ أنه: هل يجوزُ أَنْ يكونَ في بلدٍ قاضيان؟

فَرْعٌ: هل ينعزلُ القاضي قبل أَنْ يبلغَهُ خَبَرُ العزل؟ قيل: قولانِ كالوكيلِ، والمذهبُ القطعُ بأنه لا ينعزلُ قبلَهُ؛ لِعِظَمِ الضررِ في نَقْضِ[2] أقضيته.

ثم الخلافُ فيما إذا عَزَلَهُ لفظاً، أو كتب إليه[3]: أَنتَ معزولٌ، أو: عزلتُك، فأمَّا إذا كتبَ إليه: إذا أتاكَ كتابي هـٰذا [فأنتَ معزولٌ، فلا ينعزلُ قبلَ أَنْ يصلَهُ

---

(١) في المطبوع: « لا يعود ».
(٢) في (ظ): « بعض ».
(٣) في (ظ) زيادة: « كتاباً ».



الكتابُ قطعاً، وإنْ كتبَ: إذا قرأتَ كتابي] فأنتَ معزولٌ، لم يَنْعَزِلْ قبلَ القراءةِ.

ثم إنْ قَرَأَ بنفسه انعزَلَ، وكذا إنْ قُرِئَ عليه علىٰ الأصحِّ؛ لأن الغَرَضَ إعلامُهُ بصورةِ الحال.

ولو كان القاضي أُمِّيّاً وجوَّزْناه، فقُرِئَ عليه، فالانعزالُ أَوْلىٰ.

فَرْعٌ: للقاضي أَنْ يعزلَ نفسَه، كالوكيل، وفي « الإقناع » للماوَرْدِيِّ: أنه إذا عزل نفَسه لا ينعزلُ إلَّا بعلم مَنْ قلَّده.

المسألةُ الثالثةُ: فيمن ينعزلُ بموت القاضي وانعزاله، فينعزلُ به كُلُّ مأذونٍ له في شُغل معيَّن، كبيع علىٰ ميت [١٢٣٢ / أ] أو غائب، وسماعِ شهادةٍ في حادثةٍ معيَّنة.

وأمَّا مَنِ استخلفه في القضاء، ففيه ثلاثةُ أَوجُه:

أحدها: ينعزلُ، كالوكيل.

والثاني: لا؛ للحاجة.

وأصحُّها: ينعزلُ، إنْ لم يكن [القاضي] مأذوناً له في الاستخلاف؛ لأنَّ الاستخلافَ في هٰذا لحاجَته، وقد زالَتْ بزوالِ ولايته.

وإنْ كان مأذوناً له فيه، لم يَنْعَزِلْ إنْ كان قال: استخلِفْ عنِّي فامتثلَ، وإنْ قال: استخلِفْ عن نفسِكَ، أو أطلقَ، انعزلَ.

ولو نَصَّبهُ الإمامُ نائباً عن القاضي، فقال السَّرْخَسِيُّ: لا ينعزلُ بموت القاضي، وانعزالِهِ؛ لأنه مأذونٌ له من جهة الإمام، وفيه احتمالٌ، ويتخرَّجُ علىٰ هٰذا الخلاف أَنَّ القاضيَ هل له عَزْلُ خليفتِهِ ؟

فَرْعٌ: القُوَّامُ علىٰ الأيتام والأوقافِ جعلهم الغزاليُّ كالخلفاء، والمذهبُ الذي قطع به الأصحابُ: الجزْمُ بأنهم لا ينعزلونَ بموت القاضي وانعزالِهِ؛ لئَلَّا تتعطَّلَ أبوابُ المصالِح، وهم كالمتولِّي مِنْ جهة الواقِف.

فَرْعٌ: القُضاة والوُلاة لا ينعزلون بموتِ الإمامِ الأعظمِ، وانعزالِهِ؛ لشدَّةِ الضرر في تعطيلِ الحوادِث.

[المسألة][1] **الرابعةُ**: إذا قال القاضي بعد الانعزالِ: كنتُ حكمتُ لفلان بكذا، لم يُقْبَلْ إلاَّ بِبيِّنة، وهل تقبلُ شهادتُهُ بذٰلك مع آخَرَ ؟ وجهانِ.

قال الإِصْطَخْرِيُّ: نَعَمْ، والصحيحُ باتفاقِ الأصحابِ المنعُ ؛ لأنه يشهد علىٰ فعلِ نفسِه، فعلىٰ هٰذا: لو شهدَ مع غيرِهِ أَنَّ حاكماً جائِزَ الحُكمِ حَكَمَ بكذا، ولم يُضِفْ إلىٰ نفسِه، قُبلت شهادته علىٰ الأصحِّ، كما لو شهدت المرضعةُ برضاعٍ محرَّمٍ، ولم تَذْكُرْ[2] فعلَها. ووجهُ المنع: أنه قد يريدُ نفسَه، فوجب البيانُ؛ ليزولَ اللَّبْسُ، والوجهانِ مفرَّعان علىٰ أنه لو قامت بيِّنة[3] علىٰ حكمِ حاكمٍ، قُبلت، ولا يشترطُ تعيينُهُ، وهٰذا هو المذهبُ والمعروف، وأشار بعضُهم إلىٰ وجهٍ آخَرَ، فعلىٰ هٰذا الوجهِ: لا تقبلُ شهادةُ واحد [منهما]. ثم يجوزُ أَنْ يقال: الوجهانِ فيما إذا لم يعلمِ القاضي أنه يشهدُ علىٰ فعلِ نفسِه، فإن عَلِمَ، فهو كما لو أضافَ. ويجوزُ أَنْ يقال: هما إذا علمَ؛ فإنْ لم يعلَمْ قبل قطعاً؛ لجوازِ إرادةِ غيرِهِ، وعلىٰ هٰذا الاحتمال: لو شهدَ المعزولُ أَنَّ حاكِماً حَكَمَ بكذا، وشهد معه آخَرُ أَنَّ المعزولَ حكمَ به، وجب أَنْ نقبلَ؛ لأنا علىٰ هٰذا التقدير لا نعتني إلا بتصحيحِ الصيغة.

قلتُ: الاحتمالُ الأولُ هو الصحيحُ. **واللهُ أعلمُ**.

ولو شهد المعزولُ أنه مِلْكُ فلان، أو أَنَّ فلاناً أَقَرَّ في مجلس حُكمي بكذا، قبلَتْ شهادتُهُ؛ لأنه لم يشهَدْ علىٰ فعلِهِ، وقولُ القاضي في غيرِ محلِّ [ولايته]: حكمتُ لفلان بكذا، كقولِ المعزولِ.

وأما إذا قال قبلَ العزلِ: حكمتُ بكذا، فيقبلُ؛ لقدرته علىٰ الإنشاءِ في الحال حتىٰ[4] لو قال علىٰ سبيل الحُكم: نساءُ القرية طوالقُ من أزواجِهِنَّ، قُبِلَ قولُهُ، ولا حاجةَ إلىٰ حُجَّةٍ.

---

(١) ما بين حاصرتين من المطبوع.
(٢) في المطبوع: « يذكر ».
(٣) في المطبوع: « البينة ».
(٤) في المطبوع؛ « وحتَّىٰ ».

فَرْعانِ ذكرهما الهَرَويُّ(١)

أحدهما: قال القاضي المعزولُ: المالُ الذي في يد هـٰذا الأمين دفعته إليه أيام قضَائي ليحفَظه لزيد، وقال الأَمِين: إنه لِعَمْرٍو، وما قبضْتُهُ منكَ، فالقولُ قولُ الأَمين، فإنْ وافقه علىٰ القبضِ منه، فالقولُ قولُ القاضي.

الثاني: يجوزُ أَنْ يكونَ الشاهدانِ بحكم القاضي هما اللذانِ شهدا عنده، وحكم بشهادتهما؛ لأنهما الآنَ(٢) يشهدان [١٢٣٢ / ب] علىٰ فعل القاضي. قال الأستاذُ أبو طاهرٍ(٣): وعلىٰ هـٰذا تفقَّهتُ، وأدركتُ القضاةَ.

الخامسَةُ: ليس علىٰ القاضي تتبع أحكام القُضاة(٤) قَبْلَهُ؛ لأن الظاهرَ منها السَّدادُ، وله التتبُّع علىٰ أحدِ الوجهَين، واختاره الشيخ أبو حامدٍ؛ احتياطاً.

وإذا جاءه متظلِّمٌ علىٰ القاضِي المعزولِ، وطلب إحضارَه، لم يسارِعْ إلىٰ إجابته، فقد يقصدُ ابتذاله؛ بل يسأله عما يريدُ منه، فإن ذكر أنه يدَّعي عليه عَيناً، أو دَيْنَ معاملةٍ، أو إتلافٍ، أو غَصْبٍ، أحضَره، وفَصَلَ خُصومَتَهما، كغيرِهما.

ولو قال: أخذ مني كذا علىٰ سبيلِ الرِّشْوة المحرَّمة، أو أخذ مني مالاً بشهادة عبدَين، أو غيرهما ممن لا تقبلُ شهادتُهُ، ودَفعهُ إلىٰ فلان، فكذٰلك الجوابُ؛ لأن هـٰذا الأخذَ كالغصبِ، وأما فلانٌ الذي ادَّعىٰ الدفعَ إليه؛ فإنْ قال: أخذْتُهُ بحكم المعزول لي، لم يُقبَلْ قولُه، ولا قولُ المعزول له؛ بل يحتاجُ إلىٰ بيِّنة تشهدُ علىٰ حُكم المعزولِ له أيامَ قضائه، فإن لم يكُنْ بينةٌ، انتزعَ منه المال، وإنِ اقتصرَ علىٰ أنه لي، ولم يتعرَّض للأَخذِ(٥) من المدَّعي ولا(٦) لحكمِ المعزول، فالقولُ قولُه بيمينه،

---

(١) في شرح « أدب القضاء » للشيخ أبي عاصمٍ العَبَّاديِّ، والهَرَويُّ: هو أبو سَعْدٍ، محمد بن أحمد بن أبي يوسف. سلفت ترجمته.

(٢) كلمة « الآن » ساقطة من المطبوع.

(٣) هو الزِّياديُّ، محمد بن محمد بن مَحْمِش. سلفت ترجمته.

(٤) في المطبوع: « القاضي ».

(٥) في المطبوع: « الآخذ ».

(٦) قوله: « ولا » ساقط من المطبوع.

ولو لم يتعرَّض المتظلم للأخذ؛ بل قالَ: حُكِمَ عليَّ بشهادة عبدَين، ونحوِهما، فقد حكىٰ الغزاليُّ وجهاً: أن دعواه لا تُسمَعُ، ولا يصغىٰ إليه، وهٰذا الوجهُ خطأ لا نعرفه لأحد من الأصحاب؛ بل اتفقَ الأصحابُ علىٰ أَنَّ دعواه مسموعةٌ، وبيِّنته محكومٌ بها، ولٰكن هل يحضرُ المعزولُ بمجرَّد دعواه ؟ وجهانِ.

أصحُّهما: نَعَمْ، كغيره.

والثاني: لا يحضرُهُ إلَّا ببيِّنة تقومُ بما يدَّعيه، أو علىٰ إقرار المعزولِ بما يدَّعيه؛ لأن الظاهرَ جَرَيَانُ أحكامِهِ علىٰ الصواب، فيكفي هٰذا الظاهر حتَّىٰ تقومَ بيِّنةٌ بخلافه، وعلىٰ هٰذا: فليس المرادُ أَنَّ البينةَ تُقام في غَيْبته، ويحكمُ بها، لٰكن الغَرَض أَنْ يكون إحضارُهُ ثَبتَ، فيقيمُ المدَّعي شهوداً يعرفُ القاضي بهم؛ أَنَّ لدعواه أصلاً وحقيقةً.

ثم إذا حضرَ المعزولُ ادَّعَىٰ المدَّعي، وشهدَ الشهودُ في وجهه؛ فإنْ أحضرَ بعد البيِّنة، أو من غير بيِّنة، فأقَرَّ، طُولب بمقتضاهُ، وإنْ أنكرَ صدِّقَ بيمينه علىٰ الأصحِّ عند العراقيين، والرُّوْيَانيِّ كالمودع وسائر الأُمناء.

وقيل: يُصدَّقُ بلا يمين، وبه قال ابْنُ القاصِّ، والإِصْطَخْرِيُّ، وصاحبُ «التقريب»، والماوَرْدِيُّ، وصحَّحه الشيخ أبو عاصِم، والبَغَوِيُّ. ولا فرقَ في ذٰلك بين أَنْ يَدَّعي عليه الحكم في مالٍ، أو دَم حتَّىٰ إذا ادَّعىٰ عليه أنه قتلَ ظلماً بالحكم جرىٰ الخلافُ في أن إحضارَه هل يتوقَّفُ علىٰ بَيِّنة ؟ وأنه إذا أنكرَ هل يحلَّفُ ؟

ولو ادَّعىٰ علىٰ نائبِ المعزول في القضاء، فهو كالدعوىٰ علىٰ المعزول، وأَمَّا أُمناؤه الذين يجوزُ لهم أخذُ الأجرة فلو حوسِبَ بعضُهم فبقي عليه شيء، فقال: أخذتُ هٰذا المالَ أُجرةَ عملي، فصدَّقه المعزولُ، لم ينفعْهُ تصديقُهُ؛ بل يستردُّ منه ما يزيد علىٰ أُجرة المثل، وهل يصدَّق[1] بيمينه في أجرة المثل ؟ وجهانِ.

أحدهما: لا؛ بل عليه البَيِّنة بجريانِ ذكر الأجرة.

والثاني: نَعَمْ؛ لأن الظاهرَ أنه لا يعمل مجَّاناً. قال الإمامُ[2]: والخلافُ مبنيٌّ

---

(١) في (ظ): « يصدقه ».

(٢) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٥٩٠).

علىٰ أَنَّ مَنْ عمل لغيره، ولم يُسَمّ أجرة، هل يستحقُّها ؟

فَرْعٌ: لو ادَّعىٰ رجلٌ علىٰ القاضي الباقي علىٰ قضائه [١٢٣٣ / أ]، نُظِرَ:

إن ادَّعَىٰ ما لا يتعلّق بالحكم، حكم بينهما خليفتُهُ، أو قاضٍ آخر، وإنِ ادَّعَىٰ ظُلماً في الحكم، وأراد تغريمَهُ، لم يمكن، ولا يحلفُ القاضي، ولا تغني إلَّا البَـيِّنةُ، وكذا لو ادَّعَىٰ علىٰ الشاهد أَنه شهدَ بالزُّور، وأراد تَغْريمه؛ لأنهما أمينانِ شرعاً. ولو فتحَ باب تحليفهما لتعطَّلَ القضاءُ، وأداء الشهادة، وكذا الحكمُ لو قال للقاضي: قد عزلت، فأنكر، وعن الشيخ أبي حامد: أَنَّ قياسَ المذهب التحليفُ في جميع هـٰذا، كسائر الأمناء إذا ادّعيت خيانتهم.

✍ ✍ ✍



البابُ الثاني
في جامِعِ آدابِ القضاءِ

فيه أطراف :

الأول: في آداب متفرِّقة، وهي عَشَرَةٌ:

الأول: أَن يكتب الإمامُ كتابَ العهد لمن ولَّاه القضاء، ويذكرَ فيه ما يحتاج القاضي إلىٰ القيام به، ويعظَهُ فيه؛ فإِنْ كان يبعثُهُ إلىٰ بلدٍ آخَرَ، نُظِرَ:

إِنْ كان بعيداً لا ينتشرُ الخبرُ إليه، فليشهد شاهدَين علىٰ التولية علىٰ الوجه الذي تضمَّنه الكتاب ويقرآنه، أو يقرؤه الإمامُ عليهما، فإِنْ قرأَ غيرُ الإمام، فالأحوطُ أَنْ ينظرَ الشاهدانِ فيه، ثم يخرج الشاهدان معه، فيخبرانِ بالحال هناك. قال الأصحابُ: وليس هٰذا علىٰ قواعد الشهاداتِ؛ إذ ليس هناك قاضٍ يؤدي عنده الشهادة.

ولو أشهدَ، ولم يكتُبْ، كفىٰ؛ فإِنَّ الاعتمادَ علىٰ الشهود، وإِنْ كان البلدُ قريباً ينتشرُ الخبرُ إليه ويستفيضُ، فإِن أشهدَ شاهدَين يخرجان معه كما ذكرنا، فذاكَ، وإِلَّا ففي الاكتفاءِ بالاستفاضةِ وجهان.

أحدُهما: المنعُ، وبه قال أبو إسحاقَ؛ لأن العقود لا تثبتُ بالاستفاضةِ، كالوكالةِ والإجارة.

وأصحُّهما: الاكتفاءُ، وبه قال الإِصْطَخْرِيُّ؛ إذْ لم يُنْقَلْ عن رسولِ ٱللهِ ﷺ، ولا عن الخلفاءِ الإشهادُ. ومِنَ الأصحاب مَنْ أطلقَ الوجهَين، ولم يفرّقْ بين البلد البعيد والقريب، ويشبهُ أَنْ لا يكون خلافٌ، ويكون التعويلُ علىٰ الاستفاضةِ،

ولا يجوزُ اعتمادُ مجرَّدِ الكتاب[1] بغير استفاضةٍ، ولا إشهادٍ، هٰذا هو المذهبُ، والمفهومُ من كلام الجمهورِ. وذكرَ الغزَاليُّ في اعتمادِه وجهَين.

الأدَبُ الثاني: إذا أراد الخروجَ إلىٰ بلدِ قضائِه، سألَ عن حال مَنْ فيه مِنْ العُدولِ والعلماءِ، فإنْ لم يتيسَّرْ، سأل في الطريق حتَّىٰ يدخلَ علىٰ علمٍ بحالِ البلدِ، فإن لم يتيسَّرْ، سأل حين يدخلُ، ويستحبُّ أن يدخلَ يوم الإثنين.

قلتُ: قال الأصحابُ: فإنْ تعسَّر يومُ الإثنَين، فالخميس، وإلا فالسَّبت، **واللهُ أعلمُ**.

وأَنْ يكون عليه عِمامة سوداءُ؛ فقد صَحَّ أَنَّ النبيَّ ﷺ دخلَ مكَّة يومَ الفتحِ، وعليه عِمَامَةٌ سوداءُ[2]، وأَنْ ينزلَ في وسطَ البلدِ، أو الناحية؛ لئلاَّ يطولَ الطريق علىٰ بعضهم، وإذا دخل، فإنْ رأىٰ أَنْ يشتغلَ في الحال بقراءةِ العهدِ، فَعَل، وإنْ رأىٰ أَنْ ينزلَ في[3] منزله، ويأمرَ منادياً ينادي يوماً فأكثَر، أو أقلَّ علىٰ حَسَبِ صِغَرِ البلد وكبره[4]: أَنَّ فلاناً جاء قاضياً، وأنه يخرجُ يومَ كذا؛ لقراءة العهدِ، فمَنْ أَحَبَّ، فليحضُرْ، فإذا اجتمعوا، قرأ عليهمُ العهد، وإن كان معه شهودٌ، شهدوا، ثم ينصرفُ [١٢٣٣ / ب] إلىٰ منزله، ويستحضرُ الناسَ، ويسألُهم عن الشهودِ والمُزَكِّين[5]، سِرّاً وعلانية.

قال الأصحاب: ويتسلَّم ديوانَ الحُكم، وهو ما كان عند القاضي قبلَه من المَحَاضِرِ[6] والسِّجِلاَّتِ[7]، وحُجَجِ الأيتامِ والأوقافِ، وحُجَج غيرهم المودعة في

---

(١) في المطبوع: « الكتابة ».

(٢) أخرجه مسلم (١٣٥٨)، والترمذي في (الجامع: ١٧٣٥)، وفي (الشمائل: ١٠٨) من حديث جابر بن عبد الله.

(٣) كلمة: « في » ساقطة من المطبوع.

(٤) في المطبوع: « أو كبره ».

(٥) **المُزَكِّين**: سيأتي أنهم: الذين يرجعُ إليهم في أحوال الشهود. وانظر: (النجم الوهَّاج: ١٠ / ١٧٩، ٢٢٣).

(٦) **المَحَاضِر**: جمع مَحْضَرٍ بفتح الميم، وهو ما يكتب فيه ما جرىٰ للمتحاكمين في المجلس وحجتهما، فإن كتب مع ذٰلك تنفيذ الحكم سُمِّي سِجلاً، وقد يطلق المحضر علىٰ السجل. انظر: (النجم الوهَّاج: ١٠ / ١٨٠)، و(النظم المستعذب: ٢ / ٢٩٨)، و(مغني المحتاج: ٤ / ٣٨٩).

(٧) انظر: التعليق السابق.

الديوان؛ لأنها كانت في يد الأول بحكم الولاية، وقد انتقلتِ الولايةُ إليه.

ثم إذا أرادَ النظرَ في الأمور، نَظَرَ أولاً في المحبوسين، هل يستحقُّونه، أم لا؟ ويأمرُ قبل أَنْ يجلسَ للنظرِ فيهم مَنْ ينادي يوماً فأكثَر علىٰ حسبِ الحاجة أَنَّ القاضي ينظرُ في المحبوسينَ يومَ كذا، فمن له محبوسٌ، فليحضُرْ، ويبعثُ إلىٰ الحبسِ أميناً؛ ليكتُبَ اسمَ كُلِّ محبوس، وما حُبِسَ به، ومَنْ حبس له في رُقْعة.

وذكر القاضي أبو الطيِّب: أنه يبعث أمينَين، وهو أحوطُ.

فإذا جلس في اليومِ الموعودِ، وحضرَ الناسُ صُبَّتِ الرقاعُ بين يدَيه، فيأخذُ رقعةً وينظرُ في الاسمِ المُثبت فيها، ويسألُ عن خَصْمِهِ، فمَنْ قال: أنا خصْمُهُ بعثَ معه ثِقةً إلىٰ الحَبس؛ ليأخذ[1] بيده، ويُحضرَهُ، وهٰكذا يحضرُ من المحبوسين مَنْ يعرفُ أن المجلسَ يحتملُ النظرَ في أمرهم.

وفي «أَمَالي» السَّرْخَسِيِّ أنه يقرعُ بينهم للابتداء.

وإذا اجتمعَ عنده المحبوسُ وخصمُهُ، سأل المحبوسَ عَنْ سببِ حبسِه؟ وجوابُهُ يُفرضُ علىٰ وجوهٍ.

منها: أَنْ يعترفَ بأنه[2] حُبسَ بحقٍّ، فإنْ كان ما حُبِسَ به مالاً، أمرَ بأدائِهِ، فإن قال: أنا معسِر، فعلىٰ ما سبقَ في التفليس، فإنْ لم يُؤَدِّ، ولم يثبُتْ إعسارُهُ، رُدَّ إلىٰ الحبس، وإنْ أَدَّىٰ، أو ثَبَتَ إعسَارُهُ نُودِي عليه، فلعلَّ له خصماً آخَرَ، فإن لم يحضُر أَحَدٌ خُلِّي.

وإنْ كان ما حُبِسَ به حَدّاً، أُقيم عليه، وخُلِّيَ علىٰ ما[3] ذكرناه.

ومنها: أَنْ يقولَ: شهدتُ علىٰ بَـيِّنة، فحبسني القاضي؛ ليبحثَ عن حال الشُّهود، ففي جوازِ الحبس بهٰذا السبب خلافٌ، سنذكره إنْ شاءَ ٱللهُ تعالىٰ؛ فإنْ قلنا: لا يُحْبَسُ به، أطلقَهُ، وإلاَّ رَدَّه، وبحثَ عن حالِ الشُّهود.

---

(١) في (ظ): «فيأخذ».
(٢) في المطبوع: «أنه».
(٣) في المطبوع: «كما» بدل: «علىٰ ما».

ومنها: أَنْ يقولَ: حُبستُ بخمرٍ، أو كَلْب أتلفْتُهُ علىٰ ذِمِّيٍّ، وهـٰذا القاضي لا يعتقدُ التغريمَ بذٰلك.

فالأظهرُ: أنه يُمضيه.

والثاني: يتوقَّفُ، ويسعىٰ في اصطلاحهما علىٰ شيء.

ومنها: أَنْ يقولَ: حُبستُ ظلماً، فإنْ كان الخصْمُ معه، فعلىٰ الخَصْمِ البيِّنةُ، ويُصَدَّقُ المحبوسُ بيمينه.

وإنْ ذكرَ خَصْماً غائباً، فقيل: يطلقُ قطعاً، والأصحُّ أنه علىٰ وجهَين، فإن قلنا: لا يطلقُ، حُبسَ، أو يؤخذُ منه كفيلٌ، ويكتبُ إلىٰ خصمه في الحضور، فإن لم يفعَلْ، أطلقَ حينئذ.

وإن قال: لا خَصْمَ لي أصلاً، أو قال: لا أدري فيمَ حُبستُ؟ نودي عليه؛ لطلَبِ الخصْمِ، فإن لم يحضر [أحد] حلفَ، وأطلقَ.

قال في « الوسيط »: وفي مدة المناداة لا يحبسُ، ولا يُخَلَّىٰ بالكلِّية؛ بل يُرْتَقَبُ، وحيثُ أطلقَ الذي ادَّعَىٰ أنه مظلوم لا يطالبُ بكفيل علىٰ الأصحِّ.

فَرْعٌ: لو كان قد حبسَه الأولُ؛ تعزيراً، قال الغزاليُّ: أطلقَهُ الثاني، ولم يتعرَّض الجمهورُ لهـٰذا؛ فإنْ بانت جنايَتُهُ عند الثاني، ورأىٰ إدامةَ حبسه، فالقياسُ الجوازُ.

فَرْعٌ: فإذا فرغَ من المحبوسين، نظرَ في الأوصياء، فإذا حَضَرَ مَنِ ادَّعَىٰ أَنَّهُ وصيٌّ، بحثَ الحاكمُ عن شيئين.

أحدهما: أصل الوِصاية، فإن أقام بَـيِّنة أن القاضي المعزول نفذ [١٢٣٤ / أ] وصايَتَهُ، وأطلقَ تصرُّفه، قَرَّرَهُ، ولم يعزلْهُ إلاَّ أَنْ يطرأ فِسْقُهُ، ونحوه، وينعزل، فينتزع[1] المال منه. وإنْ شَكَّ في عدالته فوجهانِ، قال الإِصْطَخْرِيُّ: يقرّ[2] المال في يده؛ لأن الظاهرَ الأمانةُ.
وقال أبو إسحاقَ: ينتزعُهُ حتَّىٰ تثبتَ عدالتُهُ، وإنْ وجدَه ضعيفاً، أو كان المالُ كثيراً لا يمكنه القيامُ بحفظه، والتصرُّف فيه، ضمَّ إليه مَنْ يُعينه.

---

(١) في المطبوع: « فينزع ».
(٢) في (ظ): « هـٰذا » بدل: « يقر »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٢ / ٤٥٤).

والثاني: تصرُّفه في المال، فإنْ قال: فرقتُ ما أوصىٰ به، نُظِرَ:

إنْ كانتِ الوصية لمعيَّنين، لم يتعرَّض له؛ لأنهم يطالبونَ إنْ لم يكن وَصَلَهم، وإن كانَتْ لجهةٍ عامَّة؛ فإن كان عَدْلاً أمضىٰ تصرُّفَهُ، ولم يضمنْهُ، وإن كان فاسِقاً، ضمنه؛ [لتعدِّيه][1] بالتفريق بغير ولاية صحيحةٍ: ولو فَرَّقَ الثلثَ الموصىٰ به غير الوصي؛ خوفاً عليه من أَنْ يضيع، نُظِرَ:

إن كانت الوصايةُ لمعيَّنين، وقع الموقع؛ لأن لهم أن يأخذوه بلا واسطة، وإلاَّ فيضمن علىٰ الأصحِّ.

فَرْعٌ: ثم بعدَ الأوصياءِ ينظرُ في أُمَناءِ القاضي المنصوبين علىٰ الأطفال، وتفرقة الوصايا، فمن تغيَّرَ حالُهُ بفسْقٍ، أو غيرِهِ، فعلىٰ ما ذكرناه في الأوصياء، ومَنْ لم يتغيَّرْ حالُهُ، أقرَّه. قال الرُّوْيَانيُّ: وله أَنْ يَعْزِلَهُ ويولي غيرَه بخلاف الأوصياءِ؛ لأنَّ الأمينَ مُوَلَّىٰ[2] من جهةِ القاضي بخلاف الوصيِّ.

فَرْعٌ: ثمَّ ينظرُ في الأوقافِ العامَّة والمتولِّين لها، وفي اللّقطِ، والضَّوالِّ، فما لا يجوزُ تملُّكه للملتقِطِ، أو يجوزُ، ولم يَخْتَرْ تملُّكَهُ بعد الحَوْل، حفظَهُ علىٰ صاحبه، أو باعَه، وحفظَ ثمنه لمصلحةِ المالك، وله أَنْ يحفظَ هـٰذه الأموالَ معزولَةً عن أمثالها في بيتِ المالِ، وله أَنْ يَخْلِطَها بمثلها، فإذا ظهرَ المالِكُ، غَرِمَ له من بيتِ المالِ.

فَرْعٌ: ليقدِّمْ مِنْ كل نوع مِنْ ذٰلك الأهمّ فالأهمّ، وإِنْ عرضَتْ حادثة وهو مشغولٌ بهـٰذه المهمَّاتِ استخلفَ مَنْ ينظرُ في تلك الحالة، أو فيما هو فيه.

الأدب الثالثُ: يرتِّبُ القاضي بعد المذكورات أَمرَ الكُتَّابِ، والمُزَكِّينَ، والمُتَرجِمين، أما الكُتَّابُ فللحاجة إلىٰ كتابة المَحَاضِر والسِّجلاَّتِ، والكُتب الحكميَّة؛ لأن القاضي لا يتفرَّغ لها غالباً. ويشترطُ في الكاتب أَنْ يكون عارفاً بما يكتبُهُ من المحاضِرِ، وغيرِها، وأَنْ يكون مُسلماً، عَدْلاً.

وفي « المهذب » وجهٌ: أن الإسلامَ والعدالةَ ليسا بشرط؛ بل مستحبانِ؛ لأن

---

(١) ما بين حاصرتين من المطبوع.

(٢) في المطبوع: « يولّىٰ »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٢ / ٤٥٤).

القاضي لا يمضي ما كتبه حتىٰ يقف عليه[1]، وليس بشيءٍ.

ويستحب أَنْ يكون فقيهاً، وافِرَ العقلِ، عفيفاً عن الأطماعِ، جَيِّدَ الخطِّ، ضابطاً للحروفِ، وأَنْ يجلسَهُ القاضي بين يديه، ليُملِيَ عليه، ويشاهدَ ما يكتبه.

وأما المزكّونُ فسيأتي فيهم فَصْلٌ مفرد، إنْ شاءَ ٱللهُ تعالىٰ.

وأما المترجِمون، فللحاجةِ إلىٰ معرفة كلامِ مَنْ لا يعرفُ القاضي لغتَهُ من خصمٍ، أو شاهِدٍ. ويشترطُ في المترجِمِ التكليفُ، والحريةُ، والعدَالةُ؛ لأنه ينقلُ إلىٰ القاضي قولاً لا يعرفُهُ، فأَشبهَ الشاهدَ والمُزكِّي بخلاف الكاتِبِ، ولهٰذه العلَّة شَرَطْنا العددَ فيه وفي المُزَكِّي.

قال الأصحابُ: فإنْ كان الحَقُّ مما يَـثْبُتُ برجلٍ وامرأَتين، قُبلتِ الترجمةُ من رجلَين أو مِنْ رجلٍ وامرأَتين، وانفرد الإمامُ[2] باشتراطِ رجلَين، واختاره البغويُّ[3] لنَفسه [١٢٣٤ / ب].

وأما النكاحُ والعِتق، وسائِرُ ما لا يَـثْبُتُ إلاَّ برجلَين، فيشترطُ في ترجمته رجلان، وفي الزنا: هل يكفي رجلان أم يشترط أربعة ؟ قولان كالشهادةِ علىٰ الإقرارِ بالزنا، وقيل: يكفي رجلانِ قطعاً.

ولو كان الشاهدانِ أعجميَّين فهل يكفي لهما مترجمان، أم يُشترطُ لكلٍّ مترجمان ؟ قولان، كشهودِ الفرع، وبالأول قطَع العَبَّادِيُّ[4] في « الرَّقْم ».

ويجوز أن يكون المترجمُ أعمًى علىٰ الأصحِّ؛ لأنه يفسِّرُ اللفظَ، ولا يحتاجُ إلىٰ مُعاينةٍ وإشارةٍ بخلاف الشهادةِ.

وإذا كان بالقاضي صَمَمٌ، واحتاجَ إلىٰ مَنْ يُسمعه، فثلاثةُ أوجُهٍ.

أصحُّها: يُشترطُ العددُ كالمترجِم.

والثاني: لا؛ لأن المُسْمِعَ لو غَيَّرَ أنكرَ عليه الخصمُ والحاضرونَ بخلاف المترجِم.

---

(١) انظر: (المهذب: ٥ / ٤٨٧).

(٢) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٤٧٧).

(٣) انظر: (التهذيب: ٨ / ١٨٤).

(٤) هو أبو الحسن العبَّادي، وَلَدُ الشيخ أبي عاصمٍ العَبَّاديِّ.



والثالث: إنْ كان الخصمانِ أَصَمَّين، اشترطَ؛ لأن غيرهما لا يعتني اعتناءَهما، وإِنْ كانا سَمِيْعَين، فلا.

فأما إِسماعُ الخصْمِ ما يقولُه القاضي، وما يقولُه الخصْمُ، فحكىٰ الرُّوْيَانِيُّ عن القَفَّالِ: أنه لا يشترطُ فيه العدَدُ، وإذا شرطنا العدد، اشترطَ لفظ الشهادةِ علىٰ الأصحِّ، فيقول: أشهدُ أنه يقولُ كذا، ومَنْ مَنَعَ، قال: ليست شهادةً[1] محقَّقة، وإذا لم يشترط العدَد، اشترطت الحرِّية علىٰ الأصحِّ، كهلالِ رمضان، ولا يسلكُ به مسلكَ الروايات، ولْيجْر[2] الخلافُ في لفظ الشهادةِ، والحرِّيةِ مع بُعْدِهِ في[3] المترجِم، ويشبهُ أَنْ يكونَ الاكتفاءُ بإسماعِ رجلٍ وامرأتين في المالِ علىٰ ما ذكرنا في المترجِم.

فَرْعٌ: إذا لم يجدِ القاضي كفايةً، فله أن يأخذَ رِزْقاً من بيت المالِ؛ ليتفرَّغَ للقضاءِ، وإن وجدَها، وتعيَّنَ عليه، لم يَجُزْ أخذُ شيءٍ، وإلاَّ فيجُوزُ. ويستحبُّ تركُ الأخْذِ، ولا يجوز عقدُ الإجارة علىٰ القضاء، وفي « فتاوىٰ القاضي حُسَينٍ » وجه: أنه يجوزُ، والمذهب: الأولُ، وبه قطع الجمهورُ.

وينبغي للإمامِ أَنْ يجعلَ من بيت المال شيئاً مع رزقِ القاضي لثمنِ وَرَقِ المَحَاضِرِ والسجلاَّتِ، ولأُجرةِ الكاتِب، فإِنْ لم يكن في بيت المال شيءٌ أو احتيجَ إليه لما هو أَهَمُّ، فإِنْ أتىٰ المدَّعي بورقةٍ تثبتُ فيها خصومته وشهادة الشهود، وبأجرة الكاتِبِ، فذاكَ، وإلاَّ فلا يُجبرُ عليه، لكنْ يُعلمه القاضي أنه إذا لم يثبتْ ما جرىٰ، فقد تُنسىٰ شهادةُ الشهودِ وحكم نفسه.

وليكُنْ رزقُ القاضي بِقَدْرِ كفايته، وكِفاية عِياله علىٰ ما يَليق بحالهم من النفقة، والكُسْوَة، وغيرِهما، وكذا الإمامُ يأخذ لنفسه ما يَليق به من الخَيل والغِلمان، والدارِ الواسعة، ولا يلزمُهُ الاقتصارُ علىٰ ما اقتصرَ عليه رسولُ ٱللهِ ﷺ، والخلفاءُ الراشدونَ رضي ٱللهُ عنهم؛ لأنه قد بَعُدَ العهدُ بزمن النُّبوة التي كانت سببَ النصر، وإلقاءَ الرُّعب والهَيبة في القلوب، فلو اقتصرَ الإمامُ اليومَ علىٰ ذٰلك، لم يُطَعْ، وتعطَّلت الأمورُ.

---

(١) في (أ)، والمطبوع: « بشهادة ».
(٢) في المطبوع: « وليجري ».
(٣) في المطبوع: « من ».

ولو رزقَ الإمامُ القاضي مِنْ مالِ نفسِه، أو رزقَهُ أهلُ ولايته، أو واحدٌ منهم؛ فالذي خرَّجه صاحب « التلخيص »[١] : أنه لا يجوزُ له قَبولُهُ، وقد سبق في الأذان أنه يجوزُ أَنْ يكونَ رزقُ المؤذِّنِ من مالِ الإمامِ، أو أحدِ الرعيَّة، ويجوزُ أَنْ يفرقَ بأن ذٰلك لا يورثُ تُهمةً ومَيلاً في المؤذن [١٢٣٥ / أ] بخلاف القاضي، وكما يرزق الإمام [القاضي] من بيت المال يرزقُ أيضاً مَنْ يرجعُ مصلحةُ عمله إلىٰ عامَّة المسلمين، كالأميرِ والمفتي، والمحتسِبِ، وإمامِ الصلاةِ، والمؤذِّن، ومَنْ يُعَلِّمُ الناسَ القرآنَ، ومَنْ يقيمُ الحدودَ، والقاسِم، وكاتب الصُّكوك، فإنْ لم يكن في بيتِ المال شيءٌ، لم يعيِّنْ قاسِماً، ولا كاتِباً؛ لئَلاَّ يغالي بالأجرة، وألحقَ بهٰؤلاءِ المقوم، وفي المترجم وجهان.

أصحهما: يرزقُ من بيت المال، كهٰؤلاءِ.

والثاني: لا، كالوكَيلِ، قاله ابْنُ القاصِّ، وأبو زَيْدٍ، وعلىٰ هٰذا: فمؤنَةُ ما يترجم به للمدَّعىٰ عليه علىٰ المدعىٰ عليه، والمسمعُ كالمترجم، ففي مؤنته الوجهانِ، وهما جاريان في المُزَكِّي، والقولُ في الشاهِدِ يأتي في « الشهادات » إنْ شاءَ ٱللهُ تعالىٰ.

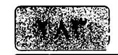
الأدبُ الرابعُ: يستحبُّ أَنْ يكونَ مجلسُ القضاءِ فسيحاً، بارزاً، نَزِهاً، لا يؤذي فيه حَرٌّ، ولا بَرْدٌ، وريحٌ، وغُبارٌ، ودُخَان، فيجلس في الصيف حيثُ يَليق به، وكذا في الشتاءِ وزمن الرياح، واستحبَّ أبو عُبيدِ بْنُ حَرْبُوْيَه، وغيرُهُ من الأصحاب: أن يكونَ موضِعُ جلوسه مرتفعاً، كَدَكَّةٍ[٢] ونحوها؛ ليسهُلَ عليه النظرُ إلىٰ الناس، وعليهِمُ المطالبةُ، وحسن أن يوطأَ له الفراشُ، وموضِعُ الوسادة؛ ليعرفَهُ الداخلُ، ويكونَ أَهْيَبَ عند الخصومِ، وأرفقَ بالقاضي؛ لِئَلاَّ يَمَلَّ. والمستحبُّ أَنْ يكونَ مستقبلَ القبلة، ولا يَتَّكئ، ويستحبُّ أَنْ لا يتخذَ المسجد مجلساً للقضاء، فإن اتَّخذهُ[٣]، كُره علىٰ الأصحِّ؛ لأنه يُنَـزَّهُ عن رفعِ الأصواتِ، وحُضورِ الحُيَّضِ، والكُفَّارِ، والمجانين، وغيرهم ممَّنْ يحضرونَ مجلسَ القضاء.

---

(١) **صاحب التلخيص:** هو أبو العباس بن القاصِّ، سلفت ترجمته.

(٢) **الدَّكَّةُ:** المكانُ المرتفعُ الذي يقعد عليه (تهذيب الأسماء واللغات : ٣ / ١٨٩).

(٣) في المطبوع: « اتخذ ».



والثاني: لا يُكره، كما لا يكرهُ الجلوسُ فيه لتعليمِ القرآن، وسائرِ العلوم والإفتاء، وإذا أثبتْنا الكراهَةَ، فهي في إقامةِ الحَدِّ أشَدُّ، وكراهةُ اتخاذهِ مجلساً للقضاءِ[1] كراهةُ تنزيهٍ، فإنِ ارتكَبها لم يمكّن الخصوم من الاجتماع فيه، والمُشَاتمة ونحوها؛ بل يقعدونَ خارجَهُ، وينصبُ مَنْ يُدْخِلُ خصمَين [خصمين].

ولو اتفقت قضيةٌ، أو قضايا وقتَ حضوره في المسجد لصلاةٍ، أو غيرِها، فلا بأسَ بفصْلِها.

وإذا جلسَ للقضاء ولا زَحْمَةَ، كُرِهَ أن يتخذَ حاجِباً على الأصحِّ، ولا كراهةَ فيه في أوقات خَلْوَته على الصحيح.

الأدبُ الخامِسُ: يُكره أَنْ يقضيَ في كُلِّ حالٍ يتغيَّرُ فيه خُلُقُهُ، وكمالُ عقله؛ كغضبٍ[2]، أو جوعٍ، أو شِبعٍ مُفرطَين، أو مرضٍ مُؤلمٍ، وخوفٍ مُزعجٍ، وحُزن وفَرَحٍ[3] شديدَين، وغلبةِ نُعاس، أو ملالٍ، أو مُدافعة أحد الأخبثَين، أو حُضور طعامٍ يَتُوق إليه.

ثم قال الإمامُ[4]، والبغويُّ[5]، وغيرُهما: الكراهةُ فيما إذا لم يكنِ الغضَبُ لله تعالىٰ، وظاهِرُ كلامِ آخرينَ: أنه لا فَرْقَ، ولو قَضىٰ في هـٰذه الحال، نُفذَ.

فَصْلٌ: إذا أَقرَّ المُدَّعىٰ عليه، أو نَكَلَ، فحلَفَ المُدَّعي، ثم سَأَلَ[6] المدَّعي القاضي أَنْ يشهدَ علىٰ أنه أَقرَّ عنده، أو نَكَلَ، وحلفَ المدَّعي، لزمَهُ إجابته.

ولو أقامَ بَـيِّنةً بما ادَّعاهُ، وسألَ القاضي الإشهادَ عليه، لزمَهُ أيضاً في الأصحِّ.

ولو حلفَ المدَّعىٰ عليه، وسأله الإشهادَ؛ ليكونَ حُجةً له، فلا يطالبه مرةً أُخرىٰ، لزمَهُ إجابتُهُ.

وإنْ سأله أحدُ المتداعيَين أَنْ يكتب له مَحْضَراً بما جرىٰ؛ ليحتجَّ به إذا احتاجَ [١٢٣٥ / ب]، نُظِرَ:

---

(١) في المطبوع: « للقضاة ».
(٢) في (أ)، والمطبوع: « لغضبٍ ».
(٣) في (ظ): « وفزع ».
(٤) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٤٦٩).
(٥) انظر: (التهذيب: ٨ / ١٧٣).
(٦) في المطبوع: « يسأل ».

إن لم يكن عنده قرطاسٌ من بيت المال، ولم يأتِ به الطالبُ، لم يلزمْهُ إجابَتُهُ، وإِنْ كان فهل يجبُ أم يُستحبُّ؟ وجهانِ.

أصحُّهما: الاستحبابُ؛ لأن الحَقَّ يثبتُ بالشهودِ، لا بالكتابِ.

وإِنْ طلب أَنْ يحكمَ له بما ثبتَ، لزمَهُ الحكمُ، فيقول: حكمتُ له به، أو أنفذتُ الحكم به، أو ألزمْتُ خصْمَهُ الحَقَّ.

وإذا حكمَ، فطلب الإشهاد علىٰ حكمه، لزمَهُ الإشهادُ.

وإِنْ طلب أَنْ يكتب له به سِجلاً، فعلىٰ التفصيلِ والخلاف المذكور في كتابة المَحْضَرِ.

ونقل ابْنُ كَجٍّ وجهاً ثالثاً: أنه يجبُ التسجيلُ في الدَّيْن المؤجَّلِ، والوُقوفِ، وأموالِ المصالح، ولا يجب في الحالِّ، والحقوقِ الخاصَّة.

وسواء أَوْجَبْنا الكتابة أم استحبَبْناها، فيحتاجُ إلىٰ بيان المكتوبِ، وأنه كيف يُضْبَطُ ويُحفظُ.

أما الأولُ، فالمكتوب مَحْضَرٌ وسِجلٌ؛ أما المَحْضَرُ، فصورتُهُ:

بِسْمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحْمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

حضرَ[(١)] القاضيَ فلانَ ابْنَ فلانٍ، فلانُ ابنُ فُلانٍ[(٢)]، وأحضرَ معه فلانَ ابْنَ فلانٍ، ويرفعُ في نَسبهما ما يفيدُ التميزَ، وهٰذا إذا عرفَهما القاضي، ويستحبُّ مع ذٰلك التعرُّضُ لِحلْيتهما؛ طولاً وقِصَراً في القَدِّ، وسُمْرَةً وشُقْرةً في الوجه، ويصفُ منهما الحاجِبَ والعينَ والفمَ والأنفَ. وإن لم يَعْرِفْهما، كتب: حَضَرَ رجلٌ، ذكرَ أنه فلانُ ابن فلان ابن فلان[(٣)] وأحضَرَ معه رجلاً ذكرَ هٰذا المحضر أنه فلان ابن فلان ابن فلان، ولا بدَّ والحالةُ هٰذه من التعرُّض لِحلْيتهما، ثم يكتبُ: وادَّعىٰ عليه كذا مِنْ عَيْن أو دَيْن بصفتهما، فأقرَّ المُدَّعَىٰ عليه بما ادَّعَىٰ؛ فإِنْ أنكرَ، وأقامَ المدَّعي بـيّنة كتَبَ، فأحضرَ المُدَّعي فلاناً وفلاناً شاهدَين، وسأل القاضي استماعَ شهادتهما،

---

(١) في (فتح العزيز: ١٢ / ٤٦٣): «أَحْضَرَ».

(٢) قوله: «فلان بن فلان» ليس في (أ)، ولا المطبوع.

(٣) قوله: «ابن فلان» لم يرد في (أ)، ولا في المطبوع.



فسمعَها في مجلس حُكمه، وثبتَ عنده عدالتُهما، وسأله أن يكتبَ مَحْضَراً بما جرىٰ، فَأجابه إليه، وذٰلك في تاريخ كذا، ويثبت علىٰ رأسِ المَحْضَرِ علامتَه من الحَمْدَلَةِ، وغيرها، ويجوزُ أَنْ يُبْهِمَ الشاهدَين فيكتب: وأحضَرَ عَدْلَين، شهدا له بما ادَّعاه.

ولو كان مع المدَّعي كتابٌ فيه خَطُّ الشاهدين، وكتب[1] تحتَ خَطِّهما: شهدَ عندي بذٰلك، وأثبتَ علامتَه في رأس الكتاب، واكتفىٰ به عن المَحْضَرِ، [جاز، وإن كتب المحضر]، وضمنه ذٰلك الكتاب، جازَ، وعلىٰ هـٰذا قياس محضرٍ يذكرُ تحليف المدَّعىٰ عليه أو المدَّعي بعد نكول المدَّعىٰ عليه.

وأَمَّا السجِلُّ، فصورتُهُ:

بِسْمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحْمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

هـٰذا ما أَشهد عليه فلانٌ القاضي بموضع كذا، في تاريخ كذا؛ أنه ثبتَ عنده كذا، بإقرار[2] فلانٍ لفلان، أو بشهادةِ فلانٍ وفلانٍ، وقد ثبَتَتْ عدالتُهما عنده، أو بيمينه بعد نكول المدَّعىٰ عليه، وأَنه حكم بذٰلك لفلانٍ علىٰ فلانٍ، وأنفذَهُ بسؤالِ المحكوم له.

ويجوز أَنْ يكتبَ: ثبتَ عنده ما في كتابٍ، هـٰذه نُسخته، وينسخُ الكتابَ إلىٰ آخِره، ثم يكتبُ: وأنه حكم بذٰلك.

وكيفيةُ التعرُّض لنسَبِ المتداعِيين، وحِلْيتهما علىٰ ما ذكرنا في المحْضَرِ.

وفي « تعليقِ الشيخ أبي حامد » أَنَّ ابْنَ خَيْرَانَ لم يجوِّزْ للقاضي التسجيلَ إذا لم يعرف المتداعِيَين، والصحيحُ: الأولُ.

وإذا كان المتداعيانِ، أو أحدُهما امرأةً، واحتاجَ إلىٰ إثبات الحِلْيَةِ، فليكنِ النظرُ لذٰلك، كالتحمُّل للشهادة. وأما أنه كيف [١٢٣٦ / أ] يحفظ ويضبط[3]، فينبغي للقاضي أَنْ يجعلَ المَحَاضِرَ والسِّجلاَّتِ نُسختَين، يدفعُ إلىٰ صاحبِ الحقِّ إحداهما

---

(١) في المطبوع: « كتب » بدون « الواو ».
(٢) في المطبوع: « فأقر »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٢ / ٤٦٣).
(٣) في المطبوع: « يضبط ويحفظ ».

غيرَ مختومةٍ، وتُحفظُ الأُخرىٰ في ديوانِ القضاء مختومةً، ويكتبُ علىٰ رأسها اسم الخصمَين، ويضعُها في خَرِيْطةٍ[1]، أو قِمَطْرٍ، وهو: السِّفَطُ[2] الذي يجمعُ فيه المَحاضِر والسِّجلَّات، ويكون بين يديه إلىٰ آخر المجلسِ، فإذا أرادَ أَنْ يقومَ، خَتَمَهُ بنفسه، أو خَتَمَهُ أَمينٌ، وهو ينظرُ، ثم أمر بحملِهِ إلىٰ موضِعه، ثم يدعو به في اليوم الثاني، وينظرُ في الختم، ويفكُّه بنفسه أو يفكُّه أمينُهُ، وهو ينظُرُ، ويضعُ فيه كُتُبَ اليوم الثاني كما ذكرنا، وهٰكذا يفعل حتَّىٰ يمضيَ الأسبوعُ؛ فإنْ كثرَتْ، جعلَها إِضْبارَةً[3]، وكتبَ عليها: خُصوماتُ أسبوعِ كذا، من شهرِ كذا، من سنة كذا وسجلاَّته، وعَزَلَها. وإن لم يكتُبْ، تركها حتَّىٰ يمضيَ شهرٌ، ثم يعزلُها، فإذا مضَتْ سنةٌ، جمعها، وكتبَ عليها: كُتُب سنةِ كذا؛ ليسهلَ الوقوفُ عليها عند الحاجةِ، ويجعلها في موضع لا يعلمه غيره، وإذا احتاجَ إلىٰ شيءٍ مِنْها تَوَلَّىٰ أخْذَه بنفسه، ونظرَ أَوَّلاً إلىٰ خَتْمه، وعلاماتِهِ.

فَرْعٌ: قال الهَرَوي[4]: إنْ أَوْجبنا التسجيلَ علىٰ القاضي، لم يَجُزْ له أخذُ الأجرةِ عليه، وإلاَّ فيجوزُ. وأطلقَ بعضُهم القولَ بالجواز، وهو موافق لمنعِ الوجوب، وهو الأصحُّ، وكذا استئجار المفتي ليكتبَ الفتوىٰ.

الأدبُ السادِسُ: يستحبُّ للقاضي المشاورةُ، وإنما يشاورُ العلماءَ الأُمناءَ، ويستحبُّ أَنْ يجمعَ أصحابَ المذاهبِ المختلفة؛ ليذكرَ كُلُّ واحدٍ دليلَه، فيتأمَّلها القاضي، ويأخذ بأرجَحِها عنده. ثم الذين يشاورهم، إِنْ شاء أَقعدَهم عنده، وإِنْ شاء أقعدَهم ناحيةً، فإذا احتاجَ استدْعاهم.

قلتُ: الأولُ: أَوْلىٰ. **وٱلله أعلمُ.**

ثم المشاورةُ تكونُ عند اختلافِ وجوهِ النظرِ، وتعارُض الآراءِ، فأمَّا الحكمُ المعلومُ بنصٍّ، أو إجماعٍ، أو قياسٍ جَليٍّ، فلا مشاورةَ فيه.

---

(١) **خريطة:** شبه كيسٍ يُشْرَجُ من أدمٍ وخِرَقٍ، والجمع: خرائط، مثل: كريمة وكرائم (المصباح: خ ر ط).

(٢) **السِّفَط:** هو وعاء الكتب.

(٣) **إضبارة:** عنده إضبارة من كُتُب، بكسر الهمزة؛ أي: جماعة، وهي الحُزمة (المصباح: ض ب ر).

(٤) **الهَرَوي:** هو أبو سَعْدٍ، محمد بن أحمد.



وإذا حضرَ المستشارونَ، فإنما يذكرونَ ما عندهم إذا سألهم، ولا يبتدئون بالاعتراض والردِّ علىٰ حكمه إلاَّ إذا كان حُكْماً يجب نَقْضُهُ، كما سيأتي إنْ شاء ٱللهُ [تعالىٰ]. وذكر الغزاليُّ؛ أنهم يحضرونَ قبل خُروجه، وهٰذا وإنْ كان لم يتعرَّضْ له الجمهورُ يوجّه بأنهم بانتظارِهِ أَوْلىٰ كما في الصلاة.

[الأدب] **السابعُ**: يُكره للقاضي أن يتولّىٰ البيعَ والشراءَ بنفسه؛ بل يوكّل مَنْ لا يعرفه الناسُ؛ فإنْ عرفوه بوكالته أَبْدَلَهُ، فإنْ لم يَجِدْ مَنْ يوكّله، عقدَ بنفسه للضرورة، فإنْ وقعت خصومةٌ لمعاملةٍ، أناب مَنْ يحكمُ بينه وبين خَصْمه؛ خوفاً من أَنْ يميلَ إليه، ولا يختصُّ هٰذا الحكمُ بالبيع والشراء؛ بل يَعُمُّ الإجارةَ، وسائِرَ المعاملاتِ، بل نَصَّ في « الأم »: أنه لا ينظرُ في نفقة عياله، ولا أمْرِ ضَيْعته، ويَكِلُه(١) إلىٰ غيره؛ ليتفرَّغَ قلبُهُ.

فَصْلٌ: يحرمُ علىٰ القاضي الرُّشوةُ. ثم إنْ كان له رِزق في بيت المال، لم يَجُزْ أخذُ عِوَضٍ من الخصوم، فإن لم يكن، فقال الشيخ أبو حامدٍ: لو قال للخصمَين: لا أقضي بينكما حتّىٰ تجعلا لي رِزقاً، جازَ، ومثلُهُ عن القاضي أبي الطيِّبِ، وغيرِهِ، وهٰذا نحوُ ما نقل [١٢٣٦ / ب] الهَرَويُّ أَنَّ القاضيَ إذا لم يكن له رِزق من بيت المال وهو محتاج، ولم يتعيَّنْ عليه القضاء، فله أَنْ يأخذَ من الخَصْمِ أجرةَ مِثْلِ عمله.

وإن تعيَّنَ، قال أصحابُنا: لا يجوزُ الأخذُ، وجوَّزه صاحبُ « التقريب ».

وأما باذل الرِّشْوة؛ فإنْ بذلها، ليحكمَ له بغير الحقِّ، أو ليترك(٢) الحكم بحقٍّ، حرمَ عليه البذلُ، وإنْ كان ليَصِلَ إلىٰ حقِّه، فلا يحرمُ كفداءِ الأسيرِ.

قلتُ: وأما المتوسِّطُ بين المرتَشي والراشِي، فله حكمُ مُوَكِّله منهما، فإن وكّلا، حرمَ عليه؛ لأنه وكيلٌ للآخِذِ، وهو محرَّمٌ عليه. **وٱللهُ أعلمُ**.

وأما الهديَّة فالأَوْلىٰ أَنْ يَسُدَّ بابَها، ولا يقبلَها، ثم إن كان للمُهْدِي خصومةٌ في الحال، حرمَ قبولُ هديته في محلِّ ولايته. وهديتُهُ في غيرِ محلِّ ولايتِهِ، كهديَّةِ مَنْ عادَتُهُ أَنْ يُهدي له قبلَ الولايةِ، لقرابةٍ، أو صداقةٍ، ولا يحرمُ قبولها(٣) علىٰ

---

(١) في المطبوع: « ويكل ».
(٢) في المطبوع: « أو يترك ».
(٣) في (ظ، أ): « قبولهما ».

الصحيح. وحكىٰ ابْنُ الصبَّاغ في تحريمها وجهاً، وهو مُقتضىٰ إطلاق الماوَرْدِيِّ[١]؛ فإن زاد المُهْدِي علىٰ القَدْرِ المعهود، صارت هديتُهُ كهديَّة مَنْ لم يعهدْ منه الهدية، وحيثُ حكمنا بأنَّ القَبول ليس بحرام، فله الأخذُ والتملُّك، والأَوْلىٰ أن يُثيبَ[٢] عليها، أو يضعَها في بيت المال.

وحيثُ قلنا بالتحريم، فقبلها، لم يملكْها علىٰ الأصحِّ، فعلىٰ هـٰذا: لو أخذها، قيل: يضعُها في بيت المال، والصحيحُ أنه يردُّها علىٰ مالِكها، فإنْ لم يعرفْهُ، جعلَها في بيت المال.

فَرْعٌ: قد ذكرنا أَنَّ الرِّشْوةَ حرامٌ مطلقاً، والهديّة جائزة في بعض الأحوالِ، فيطلب الفرقُ بين حقيقتيهما مع أن الباذِلَ راضٍ فيهما، والفرقُ من وجهَين:

أحدهما: ذكره ابْنُ كَجٍّ: أَنَّ الرِّشْوةَ هي التي يشرطُ علىٰ قابلها الحكمُ بغير الحقِّ، أو الامتناع عن الحكم بحقٍّ، والهديةُ: هي العطيَّةُ المُطلقة.

والثاني: قال الغزالي في « الإحياء »: المالُ إمَّا [أَنْ] يُبْذَلَ لغَرَضٍ آجلٍ، فهو قُربة وصدَقة، وإما لعاجِلٍ. وهو إمَّا مالٌ، فهو: هبةٌ بشرط ثوابٍ، أو لتوقُّع ثوابٍ، وإمَّا عَمَل، فإن كانَ عملاً محرَّماً، أو واجباً متعيِّناً، فهو رِشْوة، وإن كان مُباحاً فإجارَةٌ، أو جِعَالة، وإما للتقرُّبِ والتودُّد إلىٰ المبذول له، فإن كان لمجرَّد[٣] نفسه، فهدية، وإن كان ليتوسَّلَ بجاهه إلىٰ أغراضٍ ومقاصدَ؛ فإنْ كان جاهُهُ بالعلم، أو النَسبِ، فهو هديةٌ، وإن كان بالقضاءِ والعمل، فهو رِشْوَةٌ.

[الأدب] الثامِنُ: في تأديبِهِ المسيئينَ؛ فَمَنْ[٤] أساءَ الأدبَ في مجلسه من الخصوم؛ بأن صرَّح بتكذيبِ الشهودِ، أو ظهَر منه مع خصمِه لَدَدٌ[٥]، أو مجاوزةُ حدٍّ، زجَره، ونهاه؛ فإنْ عاد، هدَّده، وصاحَ عليه، فإن لم يَنْزَجِرْ، عَزَّره بما يقتضيه

---

(١) في (ظ) زيادة: « وإن لم يكن له عادة بالهدية قبل الولاية »، ليست في (فتح العزيز: ١٢ / ٤٦٨)، وبهامش (ظ) ما نصه: « سقط تمام الفَصْل فيمن ليس له عادة بالهدية، ولم يصحح المصنف علىٰ هـٰذه التخريجة ».

(٢) في المطبوع: « يثبت »، تصحيف.

(٣) في المطبوع: « بمجرد ».

(٤) في المطبوع: « عمن ».

(٥) لَدَدٌ: عداوة شديدة.

اجتهادُهُ من توبيخٍ، وإغلاظِ القولِ، أو ضَرْبٍ، وحَبسٍ، ولا يحبسُهُ بمجرَّد ظُهور اللَّدَدِ، وعن الإِصْطَخْرِيِّ أنه علىٰ قولَين. وفي « تَتِمَّةِ التَّتِمَّةِ »[١]: أنه إنما يضرِبُهُ بالدِّرَّة دون السياطِ؛ إذ الضربُ بالسياط مِنْ شأنِ[٢] الحُدود. وهٰذا الذي ادّعاهُ غيرُ مقبولٍ؛ بل الضربُ بالسياط جائزٌ في غير الحُدود، ألا ترىٰ أن لفظ الشافعيِّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ في تعزير القاضي شاهدَ الزور حيثُ قال: عَزَّره ولم يَبْلُغْ بالتعزير أربعينَ [١٢٣٧ / أ] سوطاً؟

ومثالُ اللَّدَدِ: أن تتوجَّهَ اليمينُ علىٰ الخصم، فيطلبُ يمينه، ثم يقطعُها عليه، ويزعمُ أن له بينةً، ثم يحضرُهُ ثانياً وثالثاً؛ ويفعلُ كذٰلك، وكذا لو أحضَرَ رجلاً، وادَّعىٰ عليه، وقال: لي بَـيِّنة، وسأُحْضِرُها، ثم فعل ذٰلك ثانياً وثالثاً؛ إيذاءً وتعنُّتاً.

ولو اجترأ خصمٌ علىٰ القاضي، وقال: أنتَ تَجُورُ، أو تميلُ، أو ظالِم، جازَ أَنْ يُعَزِّرَهُ[٣] وأَنْ يعفوَ، والعفوُ أَوْلىٰ إنْ لم يُحْمَلْ علىٰ ضعفه، والتعزيرُ أَولىٰ إِنْ حُمِلَ عليه.

فَرْعٌ: شهادةُ الزُّورِ من أكبرِ الكبائرِ، ومَنْ ثبت أنه شهدَ بِزُور، عَزَّره القاضي بما يراهُ: من توبيخٍ، وضربٍ، وحَبسٍ، وشهر حاله، وأمر بالنداءِ عليه في سُوقه إِنْ كان من أهل السوقِ، أو قبيلتِهِ إنْ كانت له قبيلةٌ، أو مسجدِهِ؛ تحذيراً للناس منه، وتأكيداً لأمرِهِ، وإنما تثبتُ شهادةُ الزور بإقرارِ الشاهِد أو[٤] تيقُّنِ القاضي؛ بأن شهدَ أَنَّ فلاناً زنىٰ بالكوفة يومَ كذا، وقد رآه القاضي ذٰلك اليوم ببغدادَ. هٰكذا أطلقه الشافعيُّ والأصحابُ رحمهم ٱللهُ تعالىٰ، ولم يُخَرِّجوه علىٰ أَنَّ القاضي هل يحكم بعلمه؟ ولا يكفي قيامُ البينةِ بأنه شاهد زور، فقد تكون هٰذه بينةَ زُور.

---

(١) في المطبوع: « وفي يتيمة اليتيمة » غلط. وجاء في (فتح العزيز: ١٢ / ٤٦٩): « وفي التتمة »؛ التتمَّة لأبي سعد المتولِّي، عبد الرحمٰن بن مأمون النيسابوري، وسمَّاه « التتمة » لكونه تتميماً لـ: « إبانة » شيخه أبي القاسم الفوراني.
أما « تتمةُ التتمة » فلمنتجب الدين العِجْلي أبي الفتوح أسعد بن محمود المتوفىٰ سنة (٦٠٠ هـ).
انظر: (تهذيب الأسماء واللغات: ٢ / ٦١٣ ـ ٦١٤)، و(وفيات الأعيان: ١ / ٢٠٨ ـ ٢٠٩)، و(الخزائن السنية ص: ٣٠)، والذي أراه أن ما في « فتح العزيز » هو الوجه.

(٢) في المطبوع: « شأنه ».

(٣) في المطبوع: « يعززه » تصحيف.

(٤) في المطبوع: « إن ».

[الأدب] **التاسعُ:** لا ينفذُ قضاء القاضي لنفسه، ولا لمملوكه القِنِّ[١]، وغيرِ[٢] القِنّ، ولا لشريكِهِ؛ فيما له فيه شركٌ، ولا لشريكِ مكاتَبه فيما له فيه شركٌ، ولا يَقضي لأحدٍ مِنْ أصولِهِ وإنْ عَلَوا، ولا فروعِهِ وإنْ نزلوا، ولا لمملوكِ أحدِهم، ولا لشريكِهِ؛ فإنْ فَعَلَ، لم ينفذْ علىٰ الصحيح.

ولو أراد أَن يقضيَ لهم بعلمه، لم ينفذْ قطعاً، وإنْ جَوَّزْنا قضاءَه بعلمه للأجانب.

ويجوزُ أن يقضيَ علىٰ أصولِه وفروعه، كما يشهدُ عليهم. وفَصَّلَ البغويُّ[٣] الحكمَ للولدِ، وعليه، فقال: له أَنْ يحلِّفَ ابنه علىٰ نفي ما يُدَّعىٰ عليه؛ لأنه قطعٌ للخصومةِ، لا حكمٌ له، وله أن يسمعَ بيِّنة المدَّعِي علىٰ ابنِهِ، ولا يسمعُ بينةَ الدَّفْع من ابنِهِ، وهل له أَنْ يحكمَ بشهادة ابنِهِ؟ وجهانِ؛ لأنه يتضمَّن تعديلَه، فإن عدَّله شاهدانِ، فالمتَّجه أنه يقضي.

ولو تحاكم إليه أبوهُ وابنُهُ، هل له الحكمُ لأحدهما؟ وجهان في «المهذب»[٤].

أصحُّهما: لا، وبه قطع البغويُّ[٥].

ومتىٰ وقعَتْ له خصومةٌ، أو لأحدِ هٰؤلاء الذين يمنعُ حُكمهُ لهم، قضىٰ فيها الإمامُ، أو قاضي بلدةٍ أخرىٰ، أو نائبُهُ، وفي النائبِ وجهٌ ضعيف.

قلتُ: قال البغويُّ[٦]: وللقاضي أن يستخلف أباه وابنه[٧]؛ لأنهما كنفسِهِ.

قال: ولو جعل الإمامُ إلىٰ رجلٍ أَنْ يختارَ قاضياً، لم يَجُزْ أَنْ يختارَ والدَه

---

(١) القِنّ: هو عند الفقهاء: العبد الذي لم يحصل فيه شيء من أسباب العتق ومقدماته بخلاف المدبَّر والمكاتب والمعلّق عتقه علىٰ صفة، والمستولدة (تهذيب الأسماء واللغات: ٣ / ٥٣١).

(٢) في المطبوع: «وغيره» غلط.

(٣) انظر: (التهذيب: ٨ / ١٩٣).

(٤) انظر: (المهذب: ٥ / ٤٧٨).

(٥) انظر: (التهذيب: ٨ / ١٩٣).

(٦) انظر: التهذيب: ٨ / ١٩٣).

(٧) في المطبوع: «أو ابنه».

ولا ولدَه، كما لا يختارُ نفسَه، وسيأتي قريباً في مسائِلِ التزكيةِ أنه لا يصحُّ تزكيةُ ولدٍ، ولا والدٍ علىٰ الصحيح. **وٱللهُ أعلمُ**.

فَرْعٌ: لا يقضي علىٰ عدوِّه علىٰ الصحيح، وبه قطعَ الجمهورُ، كالشهادةِ عليه، وجوَّزه الماوَرْدِيُّ في كتابه « الأحكام السُّلطانية »؛ لأن أسبابَ الحكم ظاهرةٌ بخلاف الشهادة.

فَرْعٌ: تولَّىٰ وصيُّ اليتيمِ القضاءَ، هل له أَنْ يسمعَ البينةَ، ويحكم له ؟ وجهانِ.

أصحُّهما: نَعَمْ، وبه قال القَفَّالُ، ومنعه ابْنُ الحَدَّادِ.

[الأدب] العاشِرُ: فيما ينقضُ من قَضائِهِ وقَضاءِ غيره، وذٰلك يتعلَّق [١٢٣٧ / ب] بقواعدَ.

إحداها: الأصولُ التي يَقضي بها القاضي، ويُفتي بها المفتي: كتابُ ٱلله تعالىٰ، وسنَّةُ رسولِ ٱللهِ ﷺ، والإجماعُ، والقياسُ، وقد يقتصرُ علىٰ الكتابِ والسنَّة، ويقال: الإجماعُ يصدر عن أحدِهما، والقياسُ يردُّ إلىٰ أحدهما.

وأمَّا قولُ الواحدِ من الصحابة رضيَ ٱللهُ عنهم؛ فإن لم ينتشِرْ فيهم، فقولانِ. القديمُ: أنه حُجَّة، والجديدُ: ليس بحجة.

ثم قال أبو بكرٍ الصَّيْرَفي، والقَفَّالُ: القولانِ إذا لم يكن معه قياسٌ، فإنْ كان معه قياسٌ ولو ضعيفٌ احتجَّ به قطعاً، ورجحَ علىٰ القياس القوي، وقال الأكثرون: في الجميع القولانِ، فإن قلنا بالقديم، وجبَ الأخذُ به، وترك القياس، وفي تخصيص العمومِ به وجهانِ. وإن قلنا بالجديد، فهو كقولِ آحادِ المجتهدين، لٰكن لو تَعارض قياسانِ أحدُهما وافقَ قولَ صحابيٍّ، قال الغزاليُّ: قد تميلُ نفسُ المجتهد إلىٰ الموافِق ويرجح عنده.

قلتُ: قد صَرَّحَ الشيخُ أبو إسحاقَ في « اللُّمَعِ »، وغيرُهُ من الأصحابِ بالجَزْمِ بالأخذِ بالموافِق. **وٱللهُ أعلمُ**.

وإن انتشرَ قولُ الصحابي، فله ثلاثةُ أحوالٍ.

أحدُها: أَنْ يخالفَه غيرُه، فعَلىٰ الجديد: هو كاختلافِ سائر المجتهدين، وعلىٰ القديم: هما حُجَّتان تعارضتا؛ فإن اختصَّ أحدُ الطرفين بكثرةِ عددٍ، أو بموافقة أحدِ

الخلفاء الأربعةِ: أبي بكرٍ، وعُمَرَ، وعُثمانَ، وعليٍّ، رضي ٱللهُ عنهم، ترجَّحَ، نصَّ عليه في القديم في غير عليٍّ، وألحق الجمهورُ بهم عليّاً، ومنهم من لم يلحقه به[(١)]؛ لأنَّ الثلاثة كانوا في دارِ الهجرةِ[(٢)]، والصحابةُ متوافرونَ، وكانوا في حُكمهم وفتواهم يتَشاورون، وعليٌّ رضي ٱلله عنه انتقل إلىٰ الكُوفةِ، وتفرَّقت الصحابة.

وإنْ لم يوجَدْ واحدٌ من الأمرَين في واحدٍ من الطَرفين، أو وجدَ في أحدِهما أحدُهما، وفي الآخَرِ الآخَرُ، فهما سواء. ولو كان في أحدِهما أبو بكر، أو عُمَرُ، وفي الآخَرِ عثمانُ، أو عليٌّ، رضيَ ٱلله عنُهم، فهل يستويانِ، أَم يرجّحُ طرف الشيخين ؟ وجهانِ. ويشبهُ أَنْ يجيء مثلُهما في تعارُض الشيخَين، فيستويان في وجْهٍ، ويقدّم طرَف أبي بكرٍ [رضي ٱلله عنه] في وجْهٍ.

الحالُ الثاني: أَنْ يوافقَه سائِرُ الصحابة، رضي ٱللهُ عنهم، ويقولوا بما قاله، فهٰذا إجماعٌ منهم علىٰ الحُكم، ولا يشترطُ فيه انقراضُ عَصْرِ المجمعين علىٰ الأصحِّ، ولا يتمكَّن أحدُهم من الرجوعِ؛ بل يكون قولُه الأول مع قول سائِرِ المجمعين حُجَّةً عليهم، كما هو حجَّةٌ علىٰ غيرهم.

الحالُ الثالثُ: أَنْ يسكتوا، فلا يصرِّحوا بموافقتِهِ ولا مخالفتِهِ فاختار الغزاليُّ في « المُستصفىٰ » أنه ليس بحجة، والصحيح الذي عليه جماهير الأصحاب: أنه حُجة؛ لأنهم لو خالفوه، لاعترضوا عليه، لكنْ هل هو إجماعٌ أم حُجَّةٌ غير إجماع ؟ وجهانِ، قال الرُّوْيَانِيُّ: هٰذا إذا لم تظهر[(٣)] أَماراتُ الرِّضا مِمَّن سكتَ، فإنْ ظهرَتْ فإجماعٌ بلا خلافٍ. قالوا: والأصحُّ هنا اشتراطُ انقراضِ العصرِ في كونِهِ حُجَّةً، أو إجماعاً، وهل يفرقُ في كونه حجةً أو إجماعاً بينَ أَنْ يكونَ ذٰلك القول مجرَّدَ فَتوىٰ، أو حكماً [١٢٣٨ / أ] من إمامٍ، أو قاضٍ ؟ فيه طرقٌ، قال ابْنُ أبي هُرَيرة: إنْ[(٤)] كان فتوىٰ، فحجّة، وإنْ كان حُكماً، فلا؛ لأنَّ الاعتراضَ علىٰ الإمامِ ليس من الأدب، فلعلَّ[(٥)] السكوت لذٰلك. وقال أبو إسحاقَ عكسه؛ لأن الحكم يصدُرُ عن مشاورةٍ

(١) كلمة: « به » ليست في المطبوع.

(٢) **دار الهجرة:** هي المدينة النبوية علىٰ ساكنها أفضل الصلاة والتحية.

(٣) في المطبوع: « يظهر ».

(٤) في المطبوع: « فإنْ ».

(٥) في المطبوع: « ولعلَّ ».

ومُراجعة، وقال الأكثرونَ: لا فرقَ، وكانوا يعترضونَ علىٰ الإمامِ كغيره، فقد خالفوا أبا بكرٍ رضيَ ٱللهُ عنه في الجَدِّ[1]، وعُمَرَ رضي ٱلله عنه في « المُشَرّكة ». ومختصر هٰذا الاختلافِ أوجُهٌ:

الصحيح: أنه حجة.

الثاني: حجة وإجماع.

الثالث: ليس بحجة.

الرابع: من المفتي حُجَّة؛ ومن الحاكم لا.

الخامس: عكسه. هٰذا إذا نقلَ السكوت، أما إذا لم يُنقلْ قولٌ ولا سكوتٌ، فيجوز أن لا يلحق بهٰذا، ويجوز أَنْ يستدلّ به علىٰ السكوت.

قلتُ: المختارُ أَنَّ عدَم النقلِ كنقل السكوتِ؛ لأنه الأصلُ والظاهِرُ. **وٱللهُ أعلمُ**.

القاعدةُ الثانيةُ: اختلفَتْ عباراتُ الأصحابِ في تفسيرِ القياس، والأقربُ إلىٰ كلام الشافعيِّ رَحِمَهُ ٱللهُ: أنَّ القياسَ نوعان: جَلِيٌّ، وغيرُهُ، وأَمَّا الجليُّ، فهو الذي يُعرف به موافقةُ الفَرْع للأصلِ بحيثُ ينتفي احتمالُ مفارقتهما، أو يَبْعُدُ، وذٰلك كظهورِ التحاقِ الضَّرْبِ بالتأفيفِ في قوله تعالىٰ: ﴿ فَلَا تَقُل لَّهُمَآ أُفٍّ ﴾[2] [الإسراء: ٢٣] وما فوقَ الذرَّة بالذرَّة في قوله تعالىٰ: ﴿ فَمَن يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ ﴾[3] الآية [الزلزلة: ٧]، و[ما فوق] النَّقِير بالنَّقِير في قوله تعالىٰ: ﴿ وَلَا يُظْلَمُونَ نَقِيرًا ﴾[4] [النساء: ١٢٤] ونظائره؛ فإن الفروعَ بهٰذهِ[5] الأحكام أولىٰ من الأصول.

وبعض الأصحابِ لا يسمِّي هٰذا قياساً، ويقول: هٰذه الإلحاقاتُ مفهومةٌ من

---

(١) في المطبوع: « الحد »، تصحيف. المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٢ / ٤٧٦).

(٢) **أُف**: اسم فعل مضارع مبني علىٰ الكسر، وفاعله ضمير مستتر، بمعنىٰ أتضجَّر.

قال الهروي: يقال لكل ما يضجر منه ويستثقل: أفّ له. انظر: (تهذيب الأسماء واللغات: ٣ / ١٥)، و(معجم الشوارد النحوية ص: ١٠٣).

(٣) **مثقال ذرة**: وزن أصغر نملة، أو هباءة (كلمات القرآن لمخلوف ص: ٣٥٥).

(٤) **ولا يظلمون نقيراً**: أي: لا ينقصُون ولو شيئاً حقيراً، والنقيرُ: النُّقرة في ظهر نواة التمر (زبدة التفسير ص: ١٢٣).

(٥) في المطبوع: « فإن فروع هٰذه ».

النصِّ، ويقربُ من هٰذا: إلحاقُ العَمْياءِ بالعَوْراءِ في حديث النَّهي عن التَّضْحيةِ بالعَوراء[١]، وسائِر الميتاتِ بالفأرَةِ، وغَير السَّمْنِ بالسَّمْن في حديثِ: « **الفأرة تقعُ في السَّمْن**[٢]: **إنْ كان مائِعاً فأريقُوهُ، وإنْ كانَ جامِداً فألقوها وما حولها** »[٣].

والغائطِ بالبولِ في قوله ﷺ: « **لا يَبُوْلَنَّ أَحَدُكُمْ في الماءِ الدائمِ** »[٤].

ومِنَ الجليِّ ما وَرَدَ النصُّ فيه علىٰ العِلَّة، كحديثِ: « **إنما نهيتُكُمْ من أَجل الدَّافَّة** »[٥]، وكذا قولهُ تعالىٰ: ﴿ وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُۥ وَقَدْ أَفْضَىٰ بَعْضُكُمْ إِلَىٰ بَعْضٍ ﴾ [النساء : ٢١].

وأما غيرُ الجليِّ: فما لا يزيلُ احتمالَ المفارقة ولا يبعدُه كُلّ البُعد.

فمنه: ما العِلَّة فيه مستنبطة، كقياس الأَرُزِّ علىٰ البُرِّ بعلَّة الطُّعْم، وقال ابْنُ القَاصِّ: هو من الجَليِّ، والصحيح: الأولُ.

---

(١) أخرجه من حديث البراء بن عازبٍ: (أبو داود: ٢٨٠٢)، و(الترمذي: ١٤٩٧)، و(النسائي: ٧ / ٢١٤)، و(ابن ماجَهْ: ٣١٤٤)، و(أحمد: ٤ / ٣٠٠)، وصححه الترمذي، و(ابن خزيمة: ٢٩١٢)، و(ابن حِبَّان: ١٠٤٦) موارد، و(الحاكم: ١ / ٤٦٧ ـ ٤٦٨)، والمصنف، وحسَّنه الإمام أحمد، ولفظ الحديث: « أربع لا تجوزُ في الضحايا: العَوْراء البيِّنُ عَوَرها، والمريضة البيِّنُ مرضُها، والعَرْجاءُ البيِّنُ ظَلَعُها، والكسيرُ التي لا تُنْقي ».

(٢) في المطبوع: « بالسمن » بدل: « في السَّمْنِ ».

(٣) أخرجه (أحمد: ٢ / ٢٦٥)، و(أبو داود: ٣٨٤٢) من حديث أبي هريرة، وصححه (ابن حِبَّان: ١٣٦٤) موارد. وقال الترمذي عقب الحديث (١٧٩٩): « حديث غير محفوظ »، وانظر: (بلوغ المرام رقم: ٧٩٠) بتحقيقي.

(٤) أخرجه البخاري (٢٣٩)، ومسلم (٢٨٢) من حديث أبي هريرة.

(٥) طرفٌ من حديث عَمْرة عند (مسلم: ١٩٧١) أنها سمعت عائشة تقول: دَفَّ أهْلُ أبياتٍ من أهل البادية حَضْرةَ الأضحىٰ، زمنَ رسول الله ﷺ، فقال رسول الله ﷺ: « ادخروا ثلاثاً، ثم تصدَّقوا بما بقي »، فلما كان بعد ذلك قالوا: يا رسول الله ! إنَّ الناس يتخذون الأَسقية من ضحاياهم، ويجملون منها الوَدَكَ. فقال رسول الله ﷺ: « وما ذاك ؟ » قالوا: نهيتَ أَنْ تؤكَلَ لحومُ الأضاحي بعد ثلاثٍ. فقال: « إنما نهيتكم من أجل الدَّافَّةِ التي دَفَّتْ، فكلوا وادَّخروا وتصدَّقوا ».

وانظر: (البخاري: ٥٤٢٣) وأطرافه. (يجملون منها الوَدَكَ) يقال: جملت الدُّهن؛ أي: أذبته، والوَدَكُ: دَسَمُ اللحم ودهنه. (من أجل الدَّافَّة) قال أهل اللغة: الدَّافَّةُ: قوم يسيرون جميعاً سيراً خفيفاً، ودافَّةُ الأعرابِ: مَنْ يردُ منهم المِصْرَ، والمراد هنا: مَنْ ورد من ضعفاء الأعراب للمواساة. وانظر: (جامع الأصول: ٧ / ٣٦٢ ـ ٣٦٣).

ومنه: قياسُ الشَّبَهِ، وهو أن تُشبهَ الحادثةُ أصْلَين؛ إمَّا في الأوصافِ؛ بأَنْ تشاركَ كُلَّ واحدٍ مِنَ الأصلَين في بعضِ المعاني والأوصافِ الموجودةِ فيه، وإمَّا في الأحكام، كالعبد يشاركُ الحُرَّ في بعضِ الأحكام والمالِ في بعضها، فيلحقُ بما المشاركةُ فيه أكثرُ، وربَّما سُمِّيَ قياسُ الشَّبهِ خفيّاً والذي قبله غير الجليِّ واضحاً، وربما خصّ الجليُّ ببعض الأولِ، وهو ما كان الفرعُ فيه أَولىٰ بحُكْمِ الأَصْلِ.

قلتُ: واختلف أصحابُنا في صِحَّة قياسِ الشَّبهِ، وأنه هل هو حُجَّة ؟ **وٱللهُ أعلمُ**.

القاعدةُ الثالثةُ: المسائِل الفروعية الاجتهادية إذا اختلف [١٢٣٨ / ب] المجتهدون فيها؛ ففيها[1] طريقان.

أشهرهما: قولانِ، أظهرُهما: المُحِقُّ فيها واحدٌ، والمجتهدُ مأمور بإصابته، والذاهبُ إلىٰ غيره مُخْطِئ.

والثاني: أَنَّ كُلَّ مجتهدٍ مُصيبٌ.

والطريق الثاني: القطعُ بالقولِ الأولِ، وبه قال أبو إسحاقَ، والقاضي أبو الطيِّب، فإن قلنا: المصيبُ واحدٌ، فالمخطئ معذور[2] غيرُ آثِم؛ بل مأجورٌ؛ لقولِهِ ﷺ: « **إذا اجْتَهَدَ الحاكِمُ، فأصابَ، فله أَجْرانِ، وإذا اجتهدَ، فأخطأ، فلهُ أَجْرٌ** »[3].

وقال الشيخُ أبو إسحاقَ في « اللُّمَعِ »: قال ابْنُ أبي هُريرةَ: يأثَمُ، والصوابُ: الأول.

---

(١) كلمة: « ففيها » ساقطة من المطبوع.

(٢) في المطبوع: « مغذور » تصحيف.

(٣) أخرجه البخاري (٧٣٥٢)، ومسلم (١٧١٦) من حديث عَمْرو بن العاص، وأبي هريرة، ولفظه: « إذا حكمَ الحاكمُ فاجتهد، ثم أصابَ، فله أجرانِ، وإذا حكم، فاجتهد، ثم أخطأ، فله أجرٌ ».

قال المصنف في (شرح صحيح مسلم: ١٢ / ١٣ ـ ١٤): « قال العلماءُ: أجمع المسلمون علىٰ أن هٰذا الحديث في حاكمٍ عالمٍ أهلٍ للحكم؛ فإن أصاب فله أجران: أجر باجتهاده، وأجر بإصابته، وإن أخطأ فله أجر اجتهاده، وفي الحديث محذوفٌ تقديره: إذا أراد الحاكمُ فاجتهد، قالوا: فأما من ليس بأهلٍ للحكم فلا يحل له الحكمُ، فإنْ حكم فلا أجرَ له؛ بل هو آثِمٌ، ولا ينفذ حكمه، سواء وافق الحقَّ أم لا؛ لأن إصابته اتفاقية، ليست صادرةً عن أصلٍ شرعيٍّ، فهو عاصٍ في جميع أحكامه. سواءٌ أوافق الصواب أم لا، وهي مردودة كلها، ولا يعذر في شيءٍ من ذٰلك ».

وفيما يؤجَرُ عليه وجهان عن أبي إسحاقَ : أحدهما وهو ظاهر النصِّ، واختيارُ المزني: يؤجَرُ علىٰ قصده الصوابَ، ولا يؤجَرُ علىٰ الاجتهاد؛ لأنه أفضىٰ به إلىٰ الخطأ، وكأنه لم يسلك الطريق المأمور به.

والثاني: يؤجَرُ عليه، وعلىٰ الاجتهادِ جميعاً.

وإذا قلنا: كُلُّ مجتهدٍ مُصيبٌ، فهل نقولُ: الحكمُ والحقُّ في حَقِّ كُلِّ واحدٍ من المجتهدين ما ظنَّهُ، أَمِ الحقُّ واحدٌ، وهو أشبه مطلوب إلَّا أن كُلًّا منهم مُكَلَّفٌ بما ظَنَّهُ لا بإصابةِ الأشْبَهِ؟ وجهانِ، اختارَ الغزاليُّ الأولَ، وبالثاني قطعَ أصحابنا العراقيُّون، وحكَوه عن القاضي أبي حامد، والدَّارَكِيِّ.

فَرْعٌ: متَىٰ حكم القاضي بالاجتهاد، ثم بانَ له الخطأُ في حكمه، فله حالانِ.

أحدهما: إنْ تَبيَّنَ أنه خالف قطعيّاً، كنصِّ كتابٍ، أو سُنَّةٍ متواتِرة، أو إجماعٍ، أو ظَنِّيّاً[1] مُحكماً بخبرِ الواحِد، أو بالقياسِ الجليِّ، فيلزمُهُ نَقْضُ حكمِهِ. وهل يلزمُ القاضي تَعريفَ الخصمَين صورَة الحالِ؛ ليترافَعا إليه، فينقض الحكم؟ وجهانِ.

قال ابنُ سُرَيْجٍ: لا يلزمُهُ إنْ علما أنه بانَ له الخطَأُ؛ فإنْ ترافعا إليه، نقضَ.

وقال سائِر الأصحابِ: يلزمُهُ، وإِنْ عَلِما أنه بانَ لهُ الخطأُ. وهـٰذا هو الصحيح؛ لأنهما قد يتوهَّمان أنه لا ينقضُ، وإِنْ بانَ الخطأُ. هـٰذا [في حقوق الآدميين، وأما ما يتعلق بحدود ٱلله تعالىٰ، فيبادر إلىٰ] تداركه إذا بانَ له الخطأُ، وما لا يمكنُ تداركُهُ، سبقَ حكمُ ضمانِهِ.

الحالُ الثاني: إنْ تبيَّنَ له بقياسٍ خفيٍّ رآه أَرْجَحَ مِمَّا حكمَ به، وأنه الصوابُ، فليحكُمْ فيما يحدُثُ بعد ذٰلك من أخواتِ الحادثةِ بما رآه ثانياً، ولا ينقضُ ما حكمَ به أَوَّلاً؛ بل يُمضيه. ثم ما نقضَ به قضاء نفسه نقضَ به قضاء غيره، ومالا، فلا. ولا فَرْقَ بينهما، إلَّا أنه لا يتبعُ قضاء غيره، وإنما ينقضُهُ إذا رُفِعَ إليه، وله تتبُّعُ قضاءِ نفسِه لينقضَهُ.

ولو كان المنصوبُ للقضاءِ قبلَه لا يصلحُ للقضاء، نقضَ أحكامَه كُلَّها، وإن أصابَ فيها؛ لأنها صدَرَتْ مِمَّنْ لا يُنَفَّذُ حكمُه، هـٰذا هو القول الجُمليُّ فيما ينقضُ ولا ينقضُ. ثمَّ تكلَّموا في صُوَرٍ:

---

(١) في (أ)، والمطبوع: «أو ظنّاً».

منها: لو قَضَىٰ قاضٍ بصحة نكاحِ المفقود زوجُها بعد [مضي][1] أربع سنينَ، ومدةِ العِدّة، فوجهانِ.

أشهرهما، وظاهِرُ النصِّ: نقضه؛ لمخالفة القياس الجَليِّ؛ لأنه يجعل حَيّاً في المال، فلا يقسمُ بين ورثته، فلا يجعلُ ميتاً في النكاح.

والثاني: لا ينقضُ كغيره من الاجتهاديَّات، قال الرُّوْيَانِيُّ: هـٰذا هو الصحيحُ.
وقرب من هـٰذا [١٢٣٩ / أ] الخلاف الخلاف في نقضِ حكمِ مَنْ قضىٰ بحصُول الفرقةِ في اللعانِ بأكثر الكلماتِ الخمس، أَو بسقوطِ الحَدِّ عمَّن نكح أُمَّهُ ووطئها.

ومنها: حكمُ الحنفيِّ ببطلانِ خيارِ المجلسِ والعَرَايَا بالتقييد الذي يجوِّزه، وفي ذَكاةِ الجنينِ، ومَنْعِ القِصَاص في القتل بالمثقَّل، وصحةِ النكاح بلا وليٍّ، أو بشهادةِ فاسقَينِ، أو حكم غيره بصحة بيع أُمِّ الولَدِ، وَثبوت حُرمةِ الرضاع بعد حولَين، وصحة نكاح الشِّغَارِ، والمُتعة، وقتل المسلمِ بالذميِّ، وبأنه لا قصاصَ بين الرجل والمرأة في الأطرافِ، وجريان التوارُث بين المسلم والكافر، ورَدِّ الزوائد مع الأصل في الردِّ بالعَيب علىٰ ما قاله ابْنُ أبي لَيْلىٰ[2].

وفي نقضِ هـٰذهِ الأحكامِ وجهانِ.

قال الرُّوْيَانِيُّ: الأصحُّ: لا نقضَ؛ لأنها اجتهاديَّة، والأدلةُ متَقارِبة، ومَنْ نَقَضَ، قال: فيها نصوصٌ وأقيسَة جليَّةٌ، وينقضُ قضاء مَنْ حكم بالاستحسانِ الفاسِد.

فَرْعٌ: ما ينقضُ من الأحكامِ لو كتبَ به إليه لا يخفىٰ أنه لا يقبلُهُ ولا يُنَفِّذُهُ، وأما ما لا ينقضُ ويرىٰ غيره أَصْوَبَ منه، فنقل ابْنُ كَجٍّ عن نَصِّ[3] الشافعيِّ رَحِمَهُ اللهُ: أنه

---

(١) ما بين حاصرتين من المطبوع.

(٢) هو أبو عبد الرحمـٰن، محمد بن عبد الرحمـٰن بن أبي ليلىٰ الأنصاري، العلاَّمة، الإمام، مفتي الكوفة وقاضيها، ولد سنة (٧٤ هـ). كان نظيراً للإمام أبي حنيفة في الفقه، ولي القضاء والحكم بالكوفة لبني أمية، ثم لبني العباس واستمر (٣٣) سنةً. وكان محدثاً حافظاً لكتاب الله تعالىٰ، عالماً به، صدوقاً، صاحب سنة، وكان من أحسَبِ الناس، ومن أنقطِ الناس للمصحف، جميلاً نبيلاً، عفيفاً، قوَّالاً بالحق. مات بالكوفة سنة (١٤٨ هـ). له ترجمة في (سير أعلام النبلاء: ٦ / ٣١٠ ـ ٣١٦)، وفي حاشيته مصادرها.

(٣) كلمة: « نصّ » ساقطة من المطبوع، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٢ / ٤٨١).

يعرضُ عنه، ولا ينفذُهُ؛ لأنه إعانة علىٰ ما يعتقده خطأً.

وقال ابْنُ القاصِّ: لا أحبُّ تنفيذَه. وفي هٰذا إشعارٌ بتجويزِ التنفيذِ، وقد صرَّح السَّرْخَسِيُّ بنقلِ الخلافِ، فقال: إذا رفعَ إليه حكم قاضٍ قبله، فلم ير فيه ما يقتضي النقضَ، لكنْ أدَّىٰ اجتهاده إلىٰ غيره، فوجهانِ.

أحدهما: يُعْرِضُ عنه.

وأصحُّهما: يُنَفِّذُهُ، وعلىٰ هٰذا العملِ كما لو حكمَ بنفسه، ثم تغيرَّ اجتهادُهُ تغيُّراً لا يقتضي النقضَ، وترافعَ خَصْما[1] الحادثةِ إليه فيها؛ فإنه يُمضي حكمَه الأول، وإن أدَّىٰ اجتهادُهُ إلىٰ أن غيرَهُ أصوبُ منه.

فَرْعٌ: إذا اسْتُقْضِيَ مقلِّد للضرورة، فحكم بمذهب غيرِ مقلَّده، قال الغزاليُّ في الأصول: إنْ قلنا: لا يجوزُ للمقلِّد تقليدُ مَنْ شاءَ؛ بل عليه اتباعُ مقلَّده، نقضَ حكمه، وإن قلنا: له تقليدُ مَنْ شاء، لم ينقضْ.

فَصْلٌ: حكمُ القاضي ضَرْبانِ:

أحدهما: ما[2] ليس بإنشاء، وإنما هو تنفيذٌ لما قامت به حُجَّة، فينفذُ ظاهِراً، لا باطناً، فلو حكمَ بشهادةِ زُورٍ بظاهري العَدَالة، لم يحصُلْ بحُكمِهِ الحِلُّ باطناً، سواءٌ كان المحكومُ به مالاً، أو نِكاحاً، أو غيرَهما؛ فإن كان نِكاحاً، لم يَحِلَّ للمحكوم له الاستمتاعُ، ويلزمُها الهربُ والامتناعُ ما أمكنَها. فَإِنْ أُكرِهَتْ فلا إِثْمَ عليها، فإنْ وطئَ، قال الشيخُ أبو حامد: هو زانٍ، ويُحَدُّ، وخالفه ابْنُ الصَّبَّاغ، والرُّوْيَانِيُّ؛ لأن أبا حنيفةَ رَحِمَهُ اللهُ يَجْعلها منكوحةً بالحُكم، وذٰلك بِشُبهة؛ للخلافِ[3] في الإباحةِ[4].

وإن كان المحكومُ به الطلاقَ، حَلَّ للمحكومِ عليهِ وطؤها إن تمكَّن، لٰكن يُكْرَهُ؛ لأنه يعرِّضُ نفسَه للتُّهمةِ، والحَدِّ، ويبقىٰ التوارثُ بينهما، ولا تبقىٰ النفقةُ، للحيلولةِ. ولو تزوَّجَتْ بآخَرَ، فالحِلُّ مستمرٌّ للأول، فإنْ وطئها الثاني جاهلاً

---

(١) في المطبوع: « خصماء ».
(٢) في المطبوع: « مِمَّا ».
(٣) في المطبوع: « شبهة ».
(٤) في (أ): « للإباحة ».

بالحال، فهو وطءُ شُبهَةٍ، وتحرُمُ علىٰ الأولِ في العِدَّة.

وإِنْ كان الثاني عالماً، أو نكحَها أحدُ الشاهِدَين [١٢٣٩ / ب] ووطئَ، فوجهانِ.

أحدهما: يُحَدُّ، ولا تحرم[1] علىٰ الأول في العِدَّةِ، والأشبهُ: أنه وطءُ شُبهةٍ؛ لما سبقَ.

الضَّرْبُ الثاني: الإنشاءاتُ كالتفريقِ بين المتلاعِنين، وفَسْخِ النكاحِ بالعيب، والتسليطِ علىٰ الأخذ بالشُّفعة ونحو ذٰلك، فإِنْ تَرَتَّبَتْ علىٰ أصلٍ كاذب؛ بأَنْ فسخ بعيب قامت به[2] شَهَادة[3] زورٍ، فهو كالضرْبِ الأول.

وإن ترتَّبَتْ علىٰ أصلٍ صادِقٍ؛ فإنْ لم تكن في محلِّ اختلافِ المجتهدين، نُفِّذَ ظاهِراً وباطناً، وإِنْ كان مختلفاً فيه، نُفِّذَ ظاهراً، وفي الباطِن أوجُهٌ.

أصحُّها عند جماعة، منهم البغويُّ، والشيخُ أبو عاصِمٍ: النفوذُ مطلقاً؛ لتتفقَ الكلمةُ، ويتمَّ الانتفاعُ.

والثاني: المنع، وبه قال الأستاذُ أبو إسحاقَ، واختاره الغزاليُّ.

والثالث: إن اعتقدَهُ الخصمُ أيضاً، نُفِّذَ باطناً، وإلاَّ، فلا، وهٰذِه الأوجهُ تشبهُ الأوجهَ في اقتداء الشافعيِّ بالحنفيِّ، وعكسه؛ فإن مَنَعْنا النفوذَ باطناً مُطلقاً، أو في حَقِّ مَنْ لا يعتقدُهُ لم يحلَّ للشافعيِّ الأخذُ بحكم الحنفيِّ بشُفْعَة الجوار، أو بالتوريثِ بالرَّحِم إذا لم نقل نحن به، وعلىٰ هٰذا: هل يمنعُهُ القاضي لاعتقادِ المحكوم له، أم لا، لاعتقادِ نفسِه؟ وجهانِ.

أصحُّهما: الثاني.

ومَنْ قال بالمنعِ، فقد يقولُ: لا يُنَفَّذُ القضاءُ في حَقِّه لا ظاهِراً، ولا باطناً.

فَرْعٌ: هل تقبل شهادتُهُ بما لا يعتقدُهُ، كشافعيٍّ بشُفْعَة الجوارِ؟ وجهان في «التهذيب».

---

(١) في المطبوع: «ولا يحرم».

(٢) كلمة: «به» ليست في المطبوع.

(٣) في المطبوع، و(أ): «بشهادة».

قلتُ: الأصحُّ القَبُولُ. **واللهُ أعلمُ**.

فَرْعٌ: قال للقاضي رجلانِ: كانَ[١] بيننا خصومةٌ في كذا، فحكم القاضي فلانٌ بيننا بكذا، ونحنُ نريد أَنْ تَسْتأنفَ الحكمَ بيننا باجتهادِك، ونرضىٰ بحُكمكَ، فهل يجيبُهُما، أم يتعيَّنُ إمضاءُ الحكمِ الأول، ولا ينقضُ الاجتهاد بالاجتهاد ؟ وجهانِ، حكاهما ابْنُ كَجٍّ، الصحيح: الثاني.

فَصْلٌ: في آدابٍ منثورةٍ. يستحبُ أَنْ يدعوَ أصدقاءَه الأُمناءَ، ويلتمسَ منهم أَنْ يُطلعوه علىٰ عُيوبه؛ ليسعىٰ في إزالتها، ويستحبُّ أَنْ يكون راكباً في مسيرِهِ إلىٰ مجلسِ حُكمه، وأَنْ يسلِّمَ علىٰ الناس في طريقه، وعلىٰ القومِ إذا دخَلَ، وأن يدعُوَ إذا جلسَ، ويسألَ اللهَ تعالىٰ التوفيقَ والتَسديدَ، وأَنْ يقوم علىٰ رأسِه أمينٌ ينادي: هَلْ مِنْ خَصْمٍ ؟ ويرتِّبَ الناسَ، ويقدِّمَ الأولَ فالأولَ.

قال ابْنُ المُنْذِرِ: يستحبُّ أَنْ يكون خَصِيّاً[٢]؛ لمكانِ النساءِ، ويجوزُ أَنْ يعيِّنَ للقضاء يوماً، أو يومين علىٰ حسب حاجة الناس ودعاويهم، وأَنْ يعيِّنَ وقتاً من النهار، فإِنْ حَضَرَ خصمانِ في غير الوقتِ المعيَّن، سمعَ كلامَهما إلَّا أن يكونَ في صلاةٍ، أو حَمَّامٍ، أو علىٰ طعام، ونحوه، فيؤخِّره قَدْرَ ما يَفْرُغُ.

ويستحبُّ أَنْ يكونَ للقاضي دِرَّةٌ[٣] يؤدِّبُ بها إِذَا احتاج، ويتخذ سِجْناً؛ للحاجة إليه في التعزيرِ، واستيفاءِ الحقِّ من المُمَاطِل.

وهٰذه فروعٌ تتعلَّق بالحَبْس: قال ابْنُ القاصِّ: إذا استشعرَ القاضي من المحبوس الفرارَ من حَبْسِهِ[٤]، فله نقلُهُ إلىٰ حبس الجرائِم.

ولو دعا المحبوسُ [١٢٤٠ / أ] زوجتَه، أو أَمَتَهُ إلىٰ فِراشه فيه، لم يمنَعْ، إِنْ كان في الحبسِ موضِعٌ خالٍ، فإِنِ امتنعَتْ، أجبرَتِ الأمَةُ، ولا تُجبرُ الزوجةُ الحُرَّةُ؛ لأنه لا يصلحُ للسُّكنىٰ، والزوجةُ الأمَةُ تُجبرُ إِنْ رضيَ سيدُها.

---

(١) في المطبوع: « كانت ».

(٢) في المطبوع: « حصيناً ».

(٣) الدِّرَّة: السوط (المصباح: درر).

(٤) في المطبوع: « الحبس ».

ولو قال مستحِقُّ الدَّيْن: أنا ألازِمُه بدلاً عن الحَبْس، مُكِّن؛ لأنه أخَفُّ، إلَّا أَنْ يقولَ الغريم: تَشُقُّ عليَّ الطهارةُ والصلاةُ [بسبب ملازمتِهِ]، فاحْبِسْني، فيحبسُ.

وسبقَ الخلافُ في أَنَّ الأبَ: هل يحبسُ بدَيْن ولدِهِ؟ وقياسُ حبسه أن يحبسَ المريضُ، والمُخَدَّرَةُ [(١)]، وابنُ السبيلِ؛ منعاً لهم من الظلم.

وعن أبي عاصِم العَبَّادِيِّ: أنهم لا يُحبسون؛ بل يوكَّلُ بهم؛ ليتردَّدوا[(٢)] ويتمحَّلوا[(٣)].

قال: ولا يُحْبَسُ أبو الطفلِ، ولا الوكيلُ، والقَيِّمُ في دَيْن لمَ يَجِبْ بمعاملتِهم.

ويحبسُ الأمناءُ في دينٍ وجبَ بمعاملتهم، ولا يحبسُ الصَّبيُّ ولا المجنونُ، ولا المكاتَبُ بالنجومِ، ولا العبدُ الجاني، ولا سيدُه ليؤدِّيَ، أو يبيعَ؛ بل يباعُ عليه إذا وُجِدَ راغبٌ، وامتنعَ من البيع والفداء.

ونقل الهَرَوِيُّ[(٤)] وجهَين في حبس كُلِّ غريمٍ قَدَرْنا علىٰ ماله، وتمكنَّا من بيعه.

وأجرةُ السجَّانِ علىٰ المَحبوسِ، وأجرة الوكيل[(٥)] علىٰ مَنْ وكّلَ به إذا لم يكن في بيت المالِ مالٌ، أَوْ صُرِفَ إلىٰ جهة أَهَمّ من هٰذه.

قلتُ: وقد ألحقْتُ في « كتاب التفليس » مسائلَ كثيرة تتعلَّق بالحبس. **وٱللهُ أعلمُ**.

الطَّرفُ الثاني: في مستنَدِ قَضَائِهِ، وفيه مسائلُ:

إحداها: يقضي بالحجَّة بلا شك، فلو لم يكن حُجَّة، وعلمَ صدْقَ المدعي، فهل يقضي بعلمه؟ طريقان.

---

(١) المُخَدَّرة: هي التي لا تخرج إلا لضرورة، وانظر أقوالاً أخرىٰ في تفسيرها في: (نهاية المطلب: ١٨ / ٥٧٨ ـ ٥٧٩)، وفي (التهذيب: ٨ / ٢٢٨)، و(النجم الوهَّاج: ١٠ / ٢٦٠)، و(الموسوعة الفقهية: ٣٦ / ٢٦٢).

(٢) كذا في الأصول الخطية، وفي (حاشية البجيرمي: ٢ / ٤١٨)، وفي (حواشي الشرواني: ٥ / ١٤٢): « ليتردَّدوا »، وجاء في (فتح العزيز: ١٢ / ٤٨٦): « ويؤدُّوا ».

(٣) كذا في الأصول الخطية: « ويتمحلوا »، وجاء في (فتح العزيز: ١٢ / ٤٨٦): « يوكَّل بهم ليحيلوا، ويؤدّوا ».

(٤) هو القاضي أبو سعد، محمد بن أحمد بن أبي يوسف الهروي.

(٥) في (أ): « الموكّل ».

أحدهما: نَعَمْ، قطعاً.

وأشهرُهما: قولان، أظهرُهما، عند الجمهور: نَعَمْ؛ لأنه يقضي بشاهدَين[١]، وهو يفيد ظَنّاً، فالقضاءُ بالعِلْمِ أَوْلىٰ، والجوابُ عَمَّا احتجَّ به المانعُ من التُّهمة؛ أن القاضيَ لو قالَ: ثبتَ عندي وصَحَّ لَدَيَّ كذا، لزمَ[٢] قَبولُهُ بلا خلافٍ، ولم يبحَثْ عَمَّا ثبتَ به، وصَحَّ، والتهمةُ قائمةٌ، وسواءٌ علىٰ القولَين ما علمه في زمنِ وِلايته ومكانِها، وما علمَهُ في غيرِهما، فإنْ قلنا: لا يَقْضي بعلمه، فذٰلك إذا كان مستندُهُ مجرَّدَ العلمِ، أما إذا شهد رجلانِ تعرفُ عدالتُهما، فله أَنْ يقضِيَ، ويُغْنيه علمُهُ بها عن تَزْكيتهما، وفيه وجهٌ ضعيف؛ للتُّهمة.

ولو أقرَّ بالمُدَّعىٰ في مجلسِ قضائِهِ، قَضَىٰ، وذٰلك قضاءٌ بإقرارٍ، لا بعلمه.

وإنْ أقَرَّ عنده سِراً، فعلىٰ القولين.

وقيل: يَقضي قطعاً.

ولو شهدَ عنده واحدٌ، فهل يُغنيه علمُهُ عن الشاهِدِ الآخَر علىٰ قولِ المنعِ؟ وجهانِ.

أصحُّهما: لا.

وإذا قلنا: يَقضي بعلمه، فذٰلك في المالِ قطعاً وكذا في القِصاصِ، وَحَدِّ القَذْفِ علىٰ الأظهر، ولا يجوزُ في حُدود ٱللهِ تعالىٰ علىٰ المذهبِ، وقيل: قَولانِ، ولا يقضي بخلاف عِلْمِهِ بلا خلافٍ؛ بل إذا علمَ أَنَّ المدَّعِيَ أبرأَهُ عمَّا ادَّعاه، وأقامَ به بينةً، أو أَنَّ المُدَّعَىٰ قَتْلُهُ حَيٌّ[٣]، أو رآهُ قَتَلَهُ[٤] غيرُ المُدَّعَىٰ عليهِ، أو سمعَ مُدَّعِيَ الرِّقّ يعْتِقُهُ، ومُدَّعِي النكاح يطلِّقها ثلاثاً، وتحقَّقَ كَذِب الشهود، امتنعَ من القضاء قطعاً، وكذا إذا علمَ فِسْقَ الشهود.

ثم إنَّ الأصحابَ مثّلوا القضاءَ بالعلم الذي هو مَحَلُّ القولين [١٢٤٠ / ب] بما

---

(١) في المطبوع: « بشهادة شاهدين » بدل: « بشاهدين ».

(٢) في المطبوع: « لزمه »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٢ / ٤٨٧).

(٣) في المطبوع: « أو أنَّ المدعي قبله حيٌّ ».

(٤) في المطبوع: « قبله ».

إذا[1] ادَّعَىٰ عليه مالاً، وقد رآه القاضي أقرضَه ذٰلك، أو سمعَ المُدَّعَىٰ عليه أَقَرَّ بذٰلك، ومعلوم أَنَّ رؤيةَ الإقراضِ، وسماعَ الإقرارِ لا يفيدُ اليقينَ بثبوتِ المحكومِ بهِ وقتَ القضاء، فيدلُّ أنهم أرادوا بالعلمِ الظنَّ المؤكّد، لا اليقين.

الثانيةُ: إذا رأىٰ القاضي ورقةً فيها ذكرُ حُكْمِهِ لرجل، وطلب منه إمضاءَهُ والعملَ به، نُظِرَ:

إِنْ تذكَّرَهُ أمضاهُ علىٰ المذهبِ، وبه قطعَ الجمهورُ، وفي « أمالي أبي الفَرَجِ الزَّازِ » إنه علىٰ القولَين في القَضاء بعلمه.

وإنْ لم يتذكَّرْه، لم يعتمدْهُ قطعاً؛ لإمكانِ التزويرِ، وكذا الشاهد، لا يشهدُ بمضمون خَطِّهٰ إذا لم يتذكَّرْ، فلو كانَ الكتابُ محفوظاً عنده، وبَعُدَ احتمالُ التزويرِ والتحريفِ، كالمَحْضَرِ والسِّجِلِّ الذي يحتاطُ فيه القاضي علىٰ ما سبق، فَالصحيحُ والمنصوصُ، والذي عليه الجمهور: أنه لا يقضي به أيضاً ما لم يتذكَّرْ؛ لاحتمالِ التحريف، وكذا الشاهد في مثل هٰذه الحالةِ لا يشهدُ، وفيهما وجه، حكاه الشيخ أبو محمدٍ، وغيرُهُ: أنه يجوزُ إذا لم يتداخَلْهُ رِيبة.

وفي جَواز روايةِ الحديثِ؛ اعتماداً علىٰ الخَطِّ المحفوظِ عنده وجهان.

أحدهما: المنعُ، ولا تكفيه رُؤْية[2] السَّماع بخطِّهِ، أو خَطِّ ثِقَةٍ، والصحيحُ: الجوازُ؛ لعمل العلماء به سَلفاً وخَلفاً، وبابُ الروايةِ علىٰ التوسعة.

ولو كتبَ إليه شيخٌ بالإجازة، وعَرَفَ خَطَّهُ، جازَ له أَنْ يَرْوِيَ عنه؛ تفريعاً علىٰ اعتمادِ الخَطِّ، فيقول: أَخْبَرَني فلانٌ كتابةً، أو: في كتابِهِ، أو: كتَبَ إليَّ، وهٰذا علىٰ تجويزِ الروايةِ بالإجازةِ[3] . . . .

---

(١) كلمة: « إذا » ساقطة من المطبوع.

(٢) في المطبوع: « رواية »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٢ / ٤٨٩).

(٣) قال العلاَّمة أحمد محمد شاكر رَحِمَهُ ٱللَّهُ في (الباعث الحثيث ص: ١٢٠ ـ ١٢١): « الإجازةُ: أَنْ يأذنَ الشيخ لغيره بأن يروي عنه مرويَّاته أو مؤلفاته، وكأنها تتضمَّن إخباره بما أذن له بروايته عنه، وقد اختلفوا في جواز الرواية والعمل بها، فأبطلها كثيرٌ من العلماء المتقدمين. قال بعضهم: من قال لغيره: أجزتُ لك أن تروي عني ما لم تسمع، فكأنه قال: أَجَزْتُ لك أن تكذب عليَّ؛ لأن الشرع لا يبيح رواية ما لم يسمع.

وهٰذا يصحُّ لو أذن له في رواية ما لم يسمع مع تصريح الراوي بالسماع؛ لأنه يكون كذباً حقيقةً، =

= أمَّا إذا كان يرويه عنه علىٰ سبيل الإجازة ـ وهو مَحَلُّ البحث ـ فلا .

وقال ابن حزم : إنها بدعة غير جائزة . ومنع الظاهرية من العمل بها ، وجعلوها كالحديث المرسل . وهـٰذا القولُ ـ يعني : إبطالَها ـ ضعَّفه العلماء وردُّوه .

وتغالىٰ بعضهم ، فزعم أنها أصحُّ من السماعِ ، وجعلها بعضُهم مثلَهُ . والذي رجَّحه العلماء أنها جائزة ، يرویٰ بها ويعملُ ، وأنَّ السماعَ أقوىٰ منها .

قال ابن الصَّلاح : « إنَّ الذي استقرَّ عليه العمل ، وقال به جماهير أهل العلم من أهل الحديث وغيرهم : القول بتجويز الإجازة وإباحة الرواية بها ، وفي الاحتجاج لذٰلك غموضٌ ، ويتجه أن نقول : إذا أجاز له أن يروي عنه مرويَّاته ، وقد أخبره بها جُملةً ، فهو كما لو أخبره تفصيلاً ، وإخباره بها غير متوقف علىٰ التصريح ، في القراءة نطقاً كما في القراءة علىٰ الشيخ كما سبق ؛ وإنما الغَرَضُ حصولُ الإفهام والفهم ، وذٰلك يحصل بالإجازة المفهمة . والله أعلم » .

قال السيوطي في « التدريب » : « قال الخطيب في الكفاية : احتج بعضُ أهل العلم لجوازها بحديث : أن النَّبيَّ ﷺ كتب سورة براءة في صحيفة ، ودفعها لأبي بكرٍ ، ثم بعثَ عليَّ بن أبي طالب ، فأخذها منه ، ولم يقرأها عليه ، ولا هو أيضاً ، حتَّىٰ وصل إلىٰ مكَّة ، ففتحها وقرأها علىٰ الناس » .

أقول : وفي نفسي من قبول الرواية بالإجازة شيء ، وقد كانت سبباً لتقاصر الهمم عن سماع الكتب سماعاً صحيحاً بالإسناد المتصل بالقراءة إلىٰ مُؤَلِّفيها ، حتَّىٰ صارت في الأَعْصُرِ الأخيرة رسماً يرسمُ ، لا علماً يتلقَّىٰ ويؤخذُ . ولو قلنا بصحة الإجازة إذا كانت بشيء معيَّنٍ من الكتب لشخصٍ مُعَيَّنٍ ، أو أشخاصٍ معينين ؛ لكان هـٰذا أقرب إلىٰ القَبول .

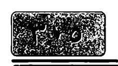
ويمكن التوسع في الإجازة لشخصٍ ، أو أشخاصٍ معينين مع إبهام الشيء المجاز ، كأَنْ يقول له : أجزتُ لك رواية مسموعاتي ، أو : أجزتُ رواية ما صَحَّ وما يصحُّ عندكَ أني أرويه .

وأما الإجازات العامة ، كأن يقول : أجزتُ لأهل عصري ، أو : أجزتُ لمن شاء ، أو : لمن شاء فلانٌ ، أو للمعدوم ، أو نحو ذٰلكَ ، فإني لا أشكُّ في عدم جوازها .

وإذا صحت الرواية بالإجازة ؛ فإنه يصحُّ للراوي بها أَنْ يجيزَ غيره ، ويجوز لهـٰذا الغير أن يروي بها ، وخالفَ في ذٰلك أبو البركاتِ الأَنْماطِيُّ ، فذهب إلىٰ أن الرواية بها لا تجوز ؛ لأنَّ الإجازة ضعيفة ، فيقوىٰ الضعفُ باجتماعِ إجازتين .

قال النووي رحمه الله في « التقريب » : الصحيحُ الذي عليه العملُ جوازُهُ ، وبه قطع الحافظ الدَّارَقُطْنِيُّ وابْنُ عُقْدَةَ ، وأبو نُعَيم ، وأبو الفتح نصرٌ المقدسِيُّ ، وكان أبو الفتح يروي بالإجازة ، وربَّما والىٰ بين ثلاثٍ .

ولفظ الإجازة قد وضح مما قلناه . والأصلُ : أن يقولهُ الشيخ لافظاً به ، فإن كتبه من غير نطقٍ فقد رجَّحَ السيوطيُّ إبطالَ الإجازة ، وهو غير راجح ؛ بل الكتابة والنطق سواء .



وهو الصحيحُ، ومنعَها القاضي حُسَيْنٌ.

قلت: قَد[١] منعها أيضاً الماوَرْدِيُّ في « الحاوي » ونقل هو مَنْعَها عن الفقهاء، وهو أَحَدُ قَولي الشافعيِّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ، ولٰكن أظهرُ قولَيه، والمشهورُ من مذاهب السلَف والخلف، والذي عليه العملُ: صِحَّة الإجازةِ، وجوازُ الرواية بها، ووجوبُ العمل بها.

ثم هي سبعةُ أَنواعٍ قد لخَّصتها بفروعها، وأمثلتها وما يتعلَّق بها في « الإرشاد »[٢] في مختصرِ علوم الحديث، وأنا أذكرُ منها هنا رموزاً إلىٰ مقاصدِها؛ تفريعاً علىٰ الصحيح، وهو جوازُها.

الأول: إجازةُ معيَّن لمعيَّن؛ كأَجَزْتُكَ روايةَ « صحيح البخاري » أو ما اشتملَتْ عليه فِهْرَستي[٣]، وهٰذه [أعلىٰ] أنواعها.

الثاني: إجازةُ غَير معيَّن لمعيَّنٍ؛ كأجزْتُكَ مسموعاتي، أو مرويَّاتي، والجمهورُ علىٰ أنه كالأولِ، فتصحُّ الرواية به، ويجب العمل [بها]، وقيل بمنعِهِ، مع قَبول الأولِ.

الثالث: أَنْ يجيزَ لغير معيَّنٍ بوصفِ العُموم، كأجزْتُ المسلمينَ، أو كُلَّ أحدٍ، أو مَنْ أدركَ زماني، ونحوه، فالأصحُّ أيضاً جوازُها، وبه قطع القاضي أبو الطيِّب، وصاحبُهُ الخطيب البغداديُّ، وغيرُهما من أصحابِنا، وغيرُهم من الحفَّاظ. ونقل

= قال ابن الصلاح: « ينبغي للمجيز إذا كتب إجازته أن يتلفَّظ بها، فإن اقتصر علىٰ الكتابة، كان ذٰلك إجازة إذا اقترن بقصد الإجازة، غير أنها أنقصُ مرتبةً من الإجازة الملفوظ بها، وغير مستبعد تصحيح ذٰلك بمجرد الكتابة في باب الرواية التي جعلت فيها القراءة علىٰ الشيخ، مع أنه لم يلفظ بما قرئ عليه إخباراً منه بما قرئ عليه ».

وهٰذا هو الحق، وبهٰذا الدليل نرجِّحُ أن الكتابة فيها كالتلفظ سواء. واستحسن العلماء الإجازة من العالِم لمن كان أهلاً للرواية ومشتغلاً بالعلم، لا للجهَّال ونحوهم. وذهب بعضُهم إلىٰ أنَّ هٰذا شرطٌ في صحتها. قال ابن عبد البَرّ: « إنها لا تجوز إلَّا لماهرٍ بالصناعة في شيءٍ معين لا يشكل إسناده، وهٰذا قولٌ قد يكون أقربَ إلىٰ الصوابِ من كل الأقوال ». ا هـ.

(١) في المطبوع: « وقد ».

(٢) انظر: إرشاد طلاب الحقائق ص: (١٢٨ ـ ١٣٣).

(٣) فِهْرَستي: أي: جملة عدد مرويَّاتي (تدريب الراوي في شرح تقريب النواوي: ٢ / ٢٨).

الحافظُ أبو بكرٍ الحازِميُّ[1] المتأخِّرُ من أصحابنا ؛ أن الذين أدركهم من الحُفَّاظِ كانوا يميلون إلىٰ جوازِها .

الرابع: إجازَةُ مجهولٍ، أو لمجهولٍ، كأجْزتُكَ كتاب السُّنَن، وهو يروي كتباً من السُّنن، أو أجزْتُ لزيدِ بْنِ محمَّدٍ، وهناك جماعةٌ كذٰلك، فهٰذه باطلة. فإن أجاز لمسمَّيِّين[2] مُعَيَّنين لا تُعرف أعيانهم ولا أنسابهم [١٢٤١ / أ] ولا عددهم، صحَّت، كما لو سمعوا منه في مجلسه في مثل هٰذا الحال.

الخامِسُ: الإجازةُ لمعدومٍ ؛ كأجَزْتُ لمن يولَدُ لفلانٍ، أو لفلانٍ، ومَنْ يولَدُ له، فالصحيحُ بطلانها، وبه قطع القاضي أبو الطيِّبِ، وابْنُ الصبَّاغ، وجوَّزه الخطيبُ، وغيره.

والإجازة للطفل الذي لا يميِّزُ صحيحةٌ علىٰ الصحيح، وبه قطع القاضي [أبو الطيِّب] والخطيبُ، ونقله الخطيبُ عن شيوخه كافَّةً.

السادسُ: [إجازة] ما لم يسمعه المجيز، ولم يتحمَّلْهُ بوجْهٍ ليروِيَهُ المُجازُ له إذا تحمَّله المجيز، وهي باطلة قطعاً.

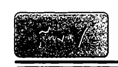
السابعُ: إجازةُ المُجاز، وهي صحيحة عند أصحابنا، وهو الصواب الذي قطع به الحفاظ الأعلامُ من أصحابنا وغيرِهم، منهم: الدَّارَقُطْنِيُّ[3]، وأبو نُعَيْمٍ

---

(١) هو محمد بن موسىٰ الحازمي، بالحاء المهملة الهَمَذاني، إمام حافظ، حُجَّة ناقد، نسابة بارع، ولد سنة (٥٤٨ هـ)، وجمع وصنَّف، وبرع في فن الحديث خصوصاً في النسب، واستوطن بغداد، كان كثير المحفوظ، حلو المذاكرة، مع زهد، وتعبُّدٍ، ورياضة. مات ببغداد سنة (٥٨٤ هـ)، من مؤلفاته: « شروط الأئمة الخمسة »، و« الناسخ والمنسوخ من الآثار »، و« مااتفق لفظه واختلف مسمَّاه في الأماكن والبلدان المشتبهة في الخط ». انظر ترجمته في: (تهذيب الأسماء واللغات: ٢ / ٤١٠ ـ ٤١١).

(٢) في المطبوع: « لمسمين ».

(٣) هو أبو الحَسَن، عليُّ بن عُمَرَ الدَّارَقُطْنِيُّ: إمام، حافظ، مجوِّد، مقرئ، محدث، من أهل محلة دار القُطْنِ ببغداد، ولد سنة (٣٠٦ هـ). كان من بحور العلم، ومن أئمة الدنيا، انتهىٰ إليه الحفظُ ومعرفة علل الحديث ورجاله، مع التقدم في القراءات وطرقها، وقوة المشاركة في الفقه، والاختلاف، وأيام الناس، والمغازي، وغير ذٰلك، مات ببغداد سنة (٣٨٥ هـ) من تصانيفه: « سنن الدارقطني »، و« المؤتلف والمختلف »، و« العِلل الواردة في الأحاديث ». انظر ترجمته في: (تهذيب الأسماء واللغات: ٢ / ٦٠٠ ـ ٦٠٢).



الأَصْفهانيُّ(١)، والشيخُ أبو الفَتْحِ، نَصْرٌ المَقْدِسيُّ، وغيرُهم من أصحابِنا. وإذا كتبَ الإجازةَ استحبَّ أن يتلفَّظ بها، فلو(٢) اقتصرَ علىٰ الكتابةِ مع قَصْدِ الإجازةِ، صحَّت كالقراءةِ عليه مع سُكوتِهِ. **واللهُ أعلمُ**.

فَرْعٌ: إذا رأىٰ بخطِّ أبيه أَنّ لي علىٰ فلانٍ كذا، أو أَدَّيتُ إلىٰ فلانٍ كذا، قال الأصحابُ: فله أَنْ يحلفَ علىٰ الاستحقاقِ والأداءِ؛ اعتماداً علىٰ خَطِّ أبيه إذا وَثِق بخطِّهِ، وأمانته.

قال القَفَّالُ: وضابطُ وُثوقِهِ أَنْ يكون بحيثُ لو وجدَ في تلك التذكرةِ: لفلانٍ عليَّ كذا لا يجدُ مِنْ نفسِهِ أَنْ يحلفَ علىٰ نفيِ العلم به؛ بل يؤدِّيه من التركةِ، وفَرَّقوا بينه وبين القضاء والشهادةِ؛ بأن خَطَرهُما عظيمٌ وعامٌّ، ولأنهما يتعلَّقان به، ويمكن التذكُّر فيهما، وخَطُّ المورِّثِ لا يتوقَّع فيه يقين، فجاز اعتمادُ الظنِّ فيه حتَّىٰ لو وجدَ بخطِّ نفسِهِ أَنَّ لي علىٰ فلان كذا، أو أَدَّيتُ إلىٰ فلان دَينَهُ، لم يَجُزِ الحلفُ حتَّىٰ يتذكَّر، قاله في «الشَّامِلِ».

فَرْعٌ: قال الصَّيْمَرِيُّ: ينبغي للشاهِد أَنْ يثبتَ حِلْيَةَ المُقِرّ إذا لم يعرفْهُ بعد الشهادة؛ ليستعينَ بها علىٰ التذكُّر. ويقربُ من هٰذا ذكرُ التاريخِ، وموضِعُ التحمُّل، ومَنْ كان مَعه حينئذٍ، ونحو ذٰلك.

الثالثة: شهدَ عنده عَدْلانِ؛ أنكَ حكمْتَ لزيدٍ بكذا، وهو لا يذكُرُهُ، لم يحكُمْ بقولهما، إلاَّ أَنْ يشهدا بالحَقِّ بعد تجديدِ دعوىٰ.

وعن ابْن القاصِّ(٣) تخريجُ قولٍ: أنه يُمضي الحكم الأول بشهادتهما، والمذهبُ: الأولُ.

ولو شهدَ أنكَ تحمَّلت الشهادةَ في واقعةٍ كذا، ولم يتذكَّرْ، لم يَجُزْ أَنْ يشهدَ،

---

(١) هو أحمد بن عبد الله الأصبهاني: إمام، حافظ، فقيه، علاَّمة، مؤرخ. ولد في أصبهان سنة (٣٣٦ هـ). وكان في وقته مَرْحولاً إليه، لم يكن له غداء سوىٰ التصنيف والتسميع. مات في أصبهان سنة (٤٣٠ هـ). من كتبه: «حلية الأولياء»، و«معرفة الصحابة»، و«دلائل النبوة». له ترجمة في: (سير أعلام النبلاء: ١٧ / ٤٥٤ ـ ٤٦٣) وفي حاشيته مصادرها. وهٰذا الإمام لم يترجمه العلامة النووي في «تهذيب الأسماء واللغات» وهو من شَرْطه.

(٢) في المطبوع: «ولو».

(٣) في المطبوع: «ابن القاضي» غلط.

وهـٰذا بخلاف رواية الحديثِ؛ فإن الراويَ لو نسيَ، جاز له أَنْ يقبلَ الروايةَ مِمَّنْ سمعها منه علىٰ الصحيحِ، وفيها وجه حكاه ابْنُ كَجٍّ. وعلىٰ الصحيحِ الفرقُ ما سبقَ، أَنَّ بابَ الرِّواية علىٰ التوسِعة، ولهـٰذا يقبلُ من العبدِ والمرأةِ، ومِنَ الفَرْعِ مع وجودِ الأصل، وغيرِ ذٰلك.

وإذا لم يتذكَّر القاضي فحقُّهُ أن يتوقَّف، ولا يقول: لم أحكُمْ. وهل للمدَّعي والحالةُ هـٰذه تحليفُ الخصمِ؛ أنه لا يعرفُ حُكمَ القاضي ؟

قال صاحب « التهذيب »: يحتملُ وَجهَين.

ولو شهدَ الشاهدان علىٰ حُكمهِ عند قاضٍ آخرَ قَبلَ شهادَتهما، وأَمْضَىٰ حُكمَ الأول إلَّا إذا قامت بيِّنةٌ بأَنَّ الأولَ أنكر حكمَهُ، وكذَّبهما؛ فإنْ قامتْ بيِّنةٌ بأنه توقَّفَ، فوجهان.

أوفقهما لكلام [١٢٤١ / ب] الأكثرين: أنه يقبلُ شهادتَهما.

وقال الأَوْدَنِيُّ[1]، وصاحبُ « المهذَّب »: لا تُقْبَلُ؛ لأنّ توقُّفه يورِثُ تُهمةً، وعلىٰ هـٰذا: لو شهدَ عدلانِ أَنَّ شاهدَي الأصلِ توقَّفا في الشهادة، لم يَجُزِ الحكمُ بشهادة الفروع.

الرَّابعةُ: ادَّعىٰ علىٰ القاضي أنكَ حكمْتَ لي بكذا. قال الإمامُ[2]: قال الأصحاب: ليس له أَنْ يرفعَهُ إلىٰ قاضٍ آخرَ، ويحلّفه، كما لا يحلّف الشاهد إذا أنكر الشهادةَ.

وعن القاضي حُسين: أَنَّا إن قلنا: اليمينُ المردودةُ كالإقرارِ، فله تحليفُهُ؛ ليحلفَ المدَّعي إنْ نَكَلَ، هـٰذا إذا ادَّعىٰ عليه وهو قاضٍ، فإنِ ادَّعىٰ عليه بَعْدَ عَزْلِهِ، أو في غيرِ مَحَلّ وِلايته عند قاض، فنقل الإمام[3]: أنه يجوز سماعُ البيِّنة، ولا يقبلُ إقراره. ولا يحلَّفُ إن قلنا: اليمينُ المردودةُ كالإقرارِ، وإن قلنا: كالبيِّنة، حلّف، ولك أَنْ تقولَ: سَمَاعُ الدعوىٰ علىٰ القاضي؛ معزولاً كان، أو غيرَه، بأنه حكم ليس علىٰ قواعد الدعاوىٰ الملزمة، وإنما يقصدُ بها التدرجُ إلىٰ إلزام الخَصْمِ؛ فإنْ كان له

---

(١) الأَوْدَني: هو أبو بكر، محمد بن عبد الله، منسوب إلىٰ أَوْدَنَة: قرية من قرىٰ بخارىٰ.
(٢) قوله: « قال الإمامُ » ساقطٌ من المطبوع، وانظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٤٩٧).
(٣) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٤٩٨).

بيِّنة فَلْيُقِمْها في وجه الخَصْم، وينبغي أَنْ لا يسمعَ علىٰ القاضي بيِّنة، ولا يُطَالب بيمين، كما لو ادَّعَىٰ علىٰ رَجلٍ أنكَ شاهدي.

الطرَفُ الثالِثُ: في التسوية، وفيه مسائل.

الأولىٰ: ليُسَوِّ القاضي بين الخصمَين في دُخولهما عليه، وفي القيام لهما، والنظر إليهما[1]، والاستماع، وطلاقةِ الوجهِ، وسائرِ أنواعِ الإكرامِ، فلا يخصّ أَحدهما بشيء من ذٰلك، ويُسَوّي في جواب سلامِهما؛ فإنْ سَلَّما، أجابَهما معاً، وإنْ سلَّمَ أحدُهما، قال الأصحاب: يصبرُ حتَّىٰ يسلِّمَ الآخَرُ، فيجيبهما، وقد يتوقَّف في هٰذا، إذا طال الفَصْلُ، وذكروا أنه لا بأسَ أَنْ يقولَ للآخَر: سَلِّمْ، فإذا سلَّمَ، أجابَهما، وكأنهم احتملوا هٰذا الفَصْلَ؛ مُحافظةً علىٰ التَّسْويةِ.

وحكىٰ الإمام[2]: أنهم جَوَّزوا له تركَ الجوابِ مُطلقاً، واستبعدَه.

ويسوّي بينهما في المجلس، فيجلس أحدهما عن يمينه، والآخَر عن شِماله، إنْ كانا شريفَين، أو بين يَدَيه وهو الأَوْلىٰ علىٰ الإطلاقِ، فلو كان أحدُهما مُسلماً، والآخَرُ كافراً:

فالصحيحُ، وبه قطع العراقيون: أنه يرفعُ المسلمَ في المجلس.

والثاني: يُسَوِّي. ويشبهُ أَنْ يجريَ الوجهان في سائرِ وجوهِ الإكرامِ.

ثم التسويةُ بين الخَصْمَين في الأمور المذكورة واجبةٌ علىٰ الصحيح، وبه قطع الأكثرونَ، واقتصر ابْنُ الصَّبَّاغ علىٰ الاستحبابِ.

الثانية: ليُقْبِلْ عليهما بمجامِع قلبه، وعليه السَّكينةُ[3]، ولا يمازِحُ أحدَهما، ولا يُضَاحِكه، ولا يشيرُ إليه، ولا يُسَارُّهُ، ولا ينهرهما، ولا يصيحُ عليهما إذا لم يفعلا ما يقتضي التأديبَ، ولا يتعنَّت الشهودَ؛ بأن يقول: لِمَ تشهدون؟ وما هٰذه الشهادةُ؟ ولا يلقِّنُ المدِّعي الدعوىٰ بأن يقول: ادَّعِ عليه كذا، ولا المُدَّعَىٰ عليه

---

(١) في المطبوع: «فيهما».

(٢) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٥٧٢).

(٣) السكينة: المهابة والرَّزانة والوقار (المصباح: س ك ن).

الإقرار والإنكار، ولا يُجَرِّئُ المائِلَ[١] إلىٰ النّكولِ علىٰ اليمين، وكذا لا يلَقِّنُ الشاهدَ الشهادةَ، ولا يجرِّئُهُ إذا مالَ إلىٰ التوقُّف، ولا يشكِّكه، ولا يمنعُهُ إذا أرادَ الشهادةَ، هـٰذا في حُقوق الآدميين.

وأمَّا في حُدود ٱلله تعالىٰ، فالقاضي يرشدُ إلىٰ الإنكار علىٰ ما هو موضَّحٌ في موضِعه.

وإذا كان يَدَّعي [١٢٤٢ / أ] دَعْوىٰ غيرَ محرَّرة، قال الإِصْطَخْرِيُّ: يجوزُ أَنْ يبينَ له كيفيَّةَ الدعوىٰ الصحيحةِ.

وقال غيرُه: لا يجوزُ. وتعريف الشاهدِ كيفيَّة أداءِ الشهادةِ علىٰ هـٰذين الوجهَين.

قال في « العُدَّةِ »[٢]: أصحُّهما الجوازُ.

ولا بأسَ بالاستفسارِ؛ بأَنْ يدَّعي دراهمَ، فيقول: أهيَ صِحَاحٌ أم مكسَّرة[٣] ؟

ويستحبُّ إذا أرادَ الحكمَ أَنْ يجلسَ المحكومُ عليه، ويقولَ: قامت البيِّنةُ عليك بكذا، ورأيتُ الحكمَ عليكَ؛ ليكونَ أطيبَ لقلبه، وأبعدَ عن التهمة، ونصَّ في « الأم »: أنه يَنْدُبُهُما إلىٰ الصُّلح بعد ظهور وجهِ الحكم، ويؤخِّر الحكم اليومَ واليومَين إذا سألهما، فجعلاه في حِلٍّ من التأخير، فإن لم يجتمعا علىٰ التحليلِ، لم يؤخِّرْ.

الثالثةُ: إذا جلسا بين يدَيه، فله أَنْ يسكتَ حتَّىٰ يتكلَّما، وله أن يقولَ: ليتكلَّم المُدَّعي منكما، وأَنْ يقول للمدَّعي إذا عرفه: تكلَّمْ، ولو خاطبهما بذلكَ الأمينُ الواقفُ علىٰ رأسِه، كان أَوْلىٰ، فإذا ادَّعىٰ المدَّعي، طالبَ خَصْمَه بالجواب، وقال: ما تقولُ ؟ وفيه وجه ضعيفٌ: أنه لا يطالبُهُ بالجوابِ حتَّىٰ يسألَهُ المدَّعي، ثم ينظر في الجواب؛ إِنْ أقرّ بالمدَّعىٰ، فللمدَّعي أن يطلبَ من القاضي الحكمَ عليه، وحينئذ يحكمُ؛ بأَنْ يقولَ له: اخْرُجْ من حَقِّه، أو كلَّفتُك الخروجَ من حقِّه، أو ألزمتُكَ، وما

(١) في المطبوع: « ولا يجري المسائل » خطأ.

(٢) العُدَّة: المراد بها هنا: عدَّة أبي المكارم الروياني ابن أخت أبي المحاسن الروياني صاحب « البحر ».

(٣) في المطبوع: « مكسورة ».



أشبههما. وهل يثبتُ المُدَّعىٰ بمجرَّدِ الإقرار، أم يفتقرُ ثبوتُهُ إلىٰ قضاءِ القاضي؟ وجهانِ.

أحدهما: يفتقرُ، كالثبوت بالبيِّنة.

وأصحُّهما: لا؛ لأنَّ دِلالةَ الإقرارِ علىٰ وجوب الحَقِّ جليَّةٌ، والبيِّنة تحتاجُ إلىٰ نَظَرٍ واجتهادٍ، هٰكذا ذكرت المسألة، ولا يظهرُ الخلافُ فيها؛ لأنه إن كان الكلامُ في ثبوتِ المُدَّعىٰ به في نفسِه، فمعلومٌ أَنه[1] لا يتوقَّفُ علىٰ الإقرار، فكيفَ علىٰ الحُكم بعد الإقرارِ؟! وإنْ كانَ المرادُ المطالبةَ والإلزامَ، فلا خلافَ أَنَّ للمدَّعي الطلبَ بعد الإقرار، وللقاضي الإلزام.

وإن أنكرَ المدَّعَىٰ عليه، فللقاضي أن يسكتَ، وله أَنْ يقولَ للمدَّعي: أَلكَ بيِّنةٌ؟ وقيل: لا يقول ذٰلك؛ لأنه كالتَّلقين، والصحيحُ: الأولُ، فإنْ قال المدَّعي: لي بيِّنة، وأقامها، فذاك، وإنْ قال: لا أُقيمها، وأريدُ يمينَه، مُكِّنَ منه.

وإن قال: ليس لي بيِّنة حاضرةٌ فحلَّفَ [القاضي] المُدَّعَىٰ عليه، ثم جاء[2] ببيِّنة، سُمِعَتْ.

وإن قال: لا بـيِّنة لي حاضِرة، ولا غائِبة، سُمِعَتْ أيضاً علىٰ الأصحِّ؛ لأنه رُبَّما لم يعرفْ، أو نسيَ، ثم عَرَفَ، أو تذكَّرَ، وقيل: لا يسمعُ؛ للمناقضة، إلَّا أَنْ يذكرَ لكلامه تأويلاً، ككنْتُ جاهلاً أو ناسياً.

ولو قال: لا بَـيِّنةَ لي، واقتصرَ عليه، فقال البغويُّ: هو كقوله: لا بَـيِّنةَ لي حاضِرة، وقيل: كقولِهِ: لا حاضِرةَ ولا غائِبة، فيكون فيه الوجهانِ.

ولو قال: شُهودي عَبيد، أو فَسَقة، ثم أتىٰ بعُدول، قبلْنا شهادَتَهم إن مضىٰ زمانٌ يمكن فيه العِتْقُ والاستبراءُ.

فَرْعٌ: حكىٰ الهَرَوِيُّ[3] وجهَين في أَنَّ الحقَّ يجبُ بفراغ المدَّعي من اليمين

---

(١) في المطبوع: « لأنه ».
(٢) في (ظ): « فجاء » بدل: « ثم جاء ».
(٣) هو أبو سَعْدٍ الهروي.

المردودةِ، أم لا بدَّ من حُكم الحاكم، و أشار[1] إلىٰ بنائهما علىٰ أَنَّ اليمينَ المردودةَ كالبيِّنةِ، أم كالإقرارِ ؟

الرابعة: إذا ازدحمَ جماعةٌ مُدَّعين، فإِنْ عرفَ السبق، قدّمَ الأسبق فالأسبق، والاعتبار [١٢٤٢ / ب] بِسَبق[2] المدَّعي دون المدَّعىٰ عليه، وإنْ جاؤوا معاً، أو جهلَ السبق، أقرعَ، فإنْ كَثُروا، وعَسُرَ الإقراعُ، كتبَ أسماءَهم في رِقاع، وصُبَّتْ بين يدي القاضي؛ ليأخذَها واحدةً واحدةً، ويسمع دعوىٰ مَنْ خرجَ اسمُهُ في كُلِّ مرةٍ، ويستحبُّ أَنْ يرتّبَ ثِقَةً، يكتبُ أسماءَهم يوم قضائِه؛ ليعرفَ ترتيبهم. ولو قَدَّمَ الأسبقُ غيرَه علىٰ نفسه، جازَ، والمفتي والمدرسُ يقدَّمان عند الازدحامِ [أيضاً] بالسَّبق، أو بالقُرعة. ولو كان الذي يعلِّمه ليس من فروض الكفاية، فالاختيارُ إليه في تقديم مَنْ شاء. ولا يقدّم القاضي مُدَّعياً بشرفٍ، ولا غيرِهِ إلاّ في موضِعَين.

أحدهما: إذا كان في المدَّعين مسافرونُ مُسْتَوفزون[3]، قد[4] شَدُّوا الرِّحَالَ، ليخرجوا، ولو أُخِّروا، لتخلَّفوا عن رُفْقتهم، فإن قَلُّوا، قُدِّموا علىٰ الصحيح، وإلاَّ، فلا؛ بل يعتبرُ السبق والقرعة[5].

والثاني: لو كان في الحاضِرين نسوةٌ، ورأىٰ القاضي تقديمَهُنَّ لينصرفْنَ، قدَّمَهُنَّ علىٰ الصحيح، بشرطِ أَنْ لا يكثُرْنَ.

وينبغي أَنْ لا يفرقَ بين أَنْ يكونَ المسافِرُ والمرأةُ مدَّعياً، أو مُدَّعىً عليه. ثم تقديمُ المسافِرِ والمرأةِ ليس بمستحقٍّ علىٰ الصحيح؛ بل هو رُخصةٌ؛ لجواز الأخذِ به، وهـٰذا ظاهرُ نصِّه في « المختصر »، ومنهم من يشعرُ كلامُهُ بالاستحقاق.

قلتُ: المختار أنه مستحبٌّ لا يقتصرُ به علىٰ الإباحة. **وٱللهُ أعلمُ.**

ثم لا يخفىٰ أَنَّ المرادَ تقديمُ المسافرِ علىٰ المقيمين، والمرأةِ علىٰ الرجال، فأما المسافرون بعضُهم مع بعضٍ، وكذا النسوةُ، فالرجوعُ فيهم إلىٰ السبقِ أو القرعةِ.

---

(١) في المطبوع: « أو أشار ».
(٢) في المطبوع: « سبق ».
(٣) مستوفزون: المستوفِزُ: الذي شدَّ رَحْله، ويضرُّه التخلُّف عن الرُّفْقةِ (النجم الوهَّاج: ١٠ / ٢٢٠).
(٤) في المطبوع: « وقد ».
(٥) في المطبوع: « بالقرعة » بدل: « والقرعة ».



فَرْعٌ: المقدَّمُ بالسبقِ أو القرعةِ لا يقدَّمُ إلاَّ في دَعْوىٰ واحدةٍ؛ لِئَلاَّ يطولَ علىٰ الباقين، فإن كَان له دَعْوىٰ أُخرىٰ، فليحضُرْ في مجلسٍ آخَرَ، أو ينتظر فراغَ القاضي من حُكومات سائِر الحاضِرين، وحينئذ تُسْمَعُ دعواهُ الثانيةُ إنْ لم يَضْجَرِ القاضي، ولا فرقَ بين أن تكونَ الدعوىٰ الثانية والثالثة علىٰ الذي ادَّعَىٰ عليه الدعوىٰ الأولىٰ، أو علىٰ غيره، وفيه وجهٌ ضعيف؛ أن الزيادَة علىٰ الأولىٰ مسموعة إذا اتحدَ المُدَّعَىٰ عليه، وعلىٰ هـٰذا: قال في « الوسيط »: تسمعُ إلىٰ ثلاثِ دَعاوىٰ، ومنهم مَنْ أطلقَ، ولا خلافَ أنه يسمعُ علىٰ المدَّعىٰ عليه دعوىٰ ثانٍ وثالثٍ؛ لأن الدعوىٰ للمدَّعي وقد تعدَّد.

ونقل ابْنُ كَجٍّ هنا وجهَين غريبَين ضعيفَين.

أحدهما: أن المقدّم بدعوىٰ لا تسمع منه الثانية إلاَّ في مجلسٍ آخَرَ، وإنْ فرغَ القاضي من دعاوىٰ الحاضرين، وعليهم بعد ذٰلك ترفيهُهُ.

الثاني: لا يسمعُ علىٰ الواحد إلاَّ دعوىٰ شخصٍ واحد. وأما المقدَّم بالسفر، فيحتملُ أَنْ لا يقدّمَ إلاَّ بدعوىٰ، ويحتمل أَنْ يقدَّمَ بجميع دعاويه؛ لأن سببَ تقديمه أَنْ لا يتخلَّفَ عن رُِفْقَته، ويحتملُ أَنْ يقال: إذا عرفَ أَنَّ له دعاوىٰ، فهو كالمقيمين؛ لأن تقديمَهُ بالجميع يَضُرُّ غيرَه، وتقديمُهُ بدعوىٰ لا يحصلُ الغَرَض.

قلتُ: الأرجحُ أَنَّ دعاويه إنْ كانت قليلةً، أو خفيفةً[١] بحيثُ لا يَضُرُّ بالباقين إضراراً [١٢٤٣ / أ] بيِّناً، قدّمَ بجميعها، وإلا فيقدَّمُ بواحدة؛ لأنها مأذون فيها، وقد يقنعُ بواحدة، ويؤخّر الباقي إلىٰ أَنْ يَحْضُرَ[٢]. **وٱللهُ أعلمُ.**

الخامسةُ: تنازَع الخَصْمانِ، وزعمَ كُلُّ واحدٍ أنه هو المدَّعي، نُظِرَ:

إن سبق أحدُهما إلىٰ الدعوىٰ، لم يلتفتْ إلىٰ قولِ الآخرِ: إني كنتُ المدَّعي؛ بل عليه أَنْ يجيبَ، ثم يدَّعي إنْ شاء.

وإن لم يسبقْ، وتنازعا، سألَ العون، فمن أحضره العون فهو المدَّعىٰ عليه، فيدَّعي الآخر عليه. وكذا لو قامت بَـيِّنةٌ لأحدهما أنه أحضرَ الآخر ليدَّعي عليه، وإن

(١) في المطبوع: « ضعيفه » بدل: « خفيفة ».

(٢) في المطبوع: « يخصه » بدل: « يحضر ».

استوىٰ الطرفانِ، أقرعَ، فمن خرجَتْ قرعتُهُ ادَّعَىٰ، وقيل: يقدِّمُ القاضي أحدَهما باجتهاده.

السادسَةُ: قد سبق في « باب الوليمة » الخلافُ في أَنَّ الإجابَة إليها واجبةٌ، أم مستحبَّةٌ ؟ وذٰلك في غيرِ القاضِي، أَمَّا القاضِي، فلا يَحْضُرُ وليمةَ أحدِ الخصمَين في حال خُصُومتهما ولا وليمتَهما؛ لأنه قد يزيدُ أحدُهما في إكرامه، فيميلُ إليه قلبُهُ.

وأما وليمةُ غيرِ الخصْمَين، فثلاثةُ أوجُه.

أحدها: تحرمُ عليه الإجابةُ إليها.

والثاني: تجبُ إذا أوجبناها علىٰ غيره.

والثالث: وهو الصحيح: لا تحرمُ، ولا تجبُ؛ بل تستحبُّ بشرطِ التعميمِ؛ فإنْ كثرَتْ وقطعَتْهُ عن الحُكم، ترَكَها في حَقِّ الجميعِ، ولا يخصُّ بعضَ الناس، لٰكن لو كان يخصُّ بعضَ الناس قبل الولايةِ بإجابة وليمته[1]، فنقلَ ابْنُ كَجٍّ عن نَصِّ الشافعيِّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أنه لا بأسَ بالاستمرار، وتكرهُ إجابته إلىٰ دعوة اتخذت للقاضي[2] خاصّةً، أو للأغنياءِ، ودُعي فيهم، ولا يكرهُ إلىٰ ما اتُّخِذَ للجيران وهو منهم، أو للعلماءِ، ودُعي فيهم.

واعلم: أن إجابةَ غيرِ وليمةِ العُرس من الدعوات مستحبَّة، وظاهر ما أطلقه الأصحابُ ثبوتُ الاستحبابِ في حَقِّ القاضي أيضاً، وإنْ كان الاستحبابُ في الوليمة آكَدَ، ومنهم مَنْ خَصَّ الاستحبابَ بالوليمة، وبه قال ابْنُ القاصِّ.

فرْعٌ: لا يضيفُ القاضي أحدَ الخصمَين دون الآخَر، ويجوزُ أَنْ يضيفَهما معاً علىٰ الصحيح، ومنعه أبو إسحاقَ؛ لأنه قد يَتوهَّم كُلُّ واحدٍ أن المقصودَ بالضيافة صاحبُهُ، وأنه تبعٌ، وهٰذا يُشْكِلُ بسائر وجوه التسوية.

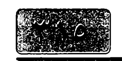
السابعةُ: له أَنْ يَشْفَعَ لأحدهما، وأَنْ يؤدِّي المالَ عَمَّنْ عليه؛ لأنه ينفعهما.

الثامنةُ: يعودُ المرضىٰ، ويشهدُ الجنائز، ويزورُ القادمينَ، وإذا لم يمكنْهُ الاستيعاب، فعلَ الممكنَ مِنْ كُلِّ نوع، ويخصُّ به مَنْ عَرَفَهُ، وقربَ منه.

---

(١) في المطبوع: « وليمة ».

(٢) في المطبوع: « لأجل القاضي » بدل: « للقاضي ».



وقال القاضي أبو حامد: هو كإجابة الوليمة؛ يَعُمُّ الجميعَ، أو يتركُ الجميعَ، والصحيحُ: الأولُ، وبه قطع الجمهورُ؛ لأن معظم المرادِ بهٰذه الأنواع الثوابُ، ولا فرقَ في هٰذه الأنواع بين المتخاصِمين وغيرهما، هٰكذا قاله الأكثرونَ. وفي « أمالي أبي الفَرَج »[1]: أنه لا يعودُ الخصمَ ولا يزورُهُ إذا قَدِمَ، لٰكن يشهدُ جَنَازته.

الطرف الرابعُ: في البحث عن حال الشهود وتزكيتهم.

وفيه مسائِلُ:

الأولىٰ: لا يجوزُ للقاضي أَن يتخذ شهوداً معيَّنين، لا يقبلُ شهادة غيرِهم؛ لما فيه من التضييق علىٰ الناس.

الثانية: إذا شهد عنده شهود، نُظِرَ:

إنْ عرفَ فِسْقَهم، رَدَّ شهادتهم، ولم يحتَجْ إلىٰ بحثٍ، وإنْ عرف [١٢٤٣ / ب] عدالتهم، قَبِلَ شهادتهم، ولا حاجةَ إلىٰ التعديلِ، وإنْ طلبه الخصمُ وفيه وجهٌ سبق في القضاء بالعلم، وإنْ لم يعرفْ حالهم، لم يَجُزْ قَبولُ شهادَتهم، والحكمُ بها إلَّا بعد الاسْتِزْكاءِ والتعديل، سواءٌ طعنَ الخصمُ فيهم، أو سكتَ.

ولو أَقَرَّ الخصمُ بعدالتهما، ولٰكن قال: أخطأ في هٰذه الشهادة، فوجهان.

أحدهما: يحكم بشهادَتهما بلا بحثٍ عنهما؛ لأن البحثَ لحقِّهِ، وقد اعترف بعدالتهما.

وأصحُّهما: لا بد من البحث والتعديل؛ لَحَقِّ ٱللهِ تعالىٰ، ولهٰذا لا يجوزُ الحكم بشهادةِ فاسِق، وإنْ رضيَ الخصمُ، ولأن الحكمَ بشهادته يتضمَّن تعديلَه، والتعديلُ لا يثبت بقولِ واحدٍ.

وإنْ صدَّقهما فيما شهدا به، قضىٰ القاضي بإقرارِه بالحقِّ، واستغنىٰ عن البحث عن حالهما، وكذا لو شهد واحدٌ فصدَّقه.

ولو شهد مَعْلُومَا العدالةِ، ثم أقرَّ المشهود عليه بما شهدا به قبلَ حُكم القاضي، فهل يستندُ الحكمُ إلىٰ الإقرار دون الشهادة، أم إليهما جميعاً ؟ وجهانِ حكاهما الهَرَوِيُّ. قال: والصحيح منهما الأولُ.

---

(١) أي: السَّرْخَسِيّ.

والثاني: حكاه الفُوْرَانِيُّ في « المناظرة ».

وذكر الهَرَوِيُّ أنه لو أَقَرَّ[1] بَعْدَ الحكم بشهادتهما، فقد مضىٰ الحكمُ مستنداً إلىٰ الشهادة، سواءٌ وقعَ إقرارُهُ بعد تسليمِ المالِ إلىٰ المشهودِ له أم قبلَه، وفيما قبلَ التسليم وجهٌ ضعيفٌ.

وأنه لو قالَ الخصمُ للشاهِدِ قبل أَداءِ الشهادةِ: ما تشهدُ به عليَّ فأنتَ عَدْلٌ صادق، لم يكن ذٰلك إقراراً؛ لٰكنه تعديلٌ للشاهدِ، إن كان من أهلِ التعديلِ.

فَرْعٌ: إذا جهل [القاضي] إسلامَ الشاهد، لم يقنَعْ بظاهِرِ الدارِ؛ بل يبحثُ عنه، ويكفي فيه قولُ الشاهِدِ.

ولو جهل حُرِّيته بحثَ أيضاً، ولا يكفي فيه قولُهُ علىٰ الأصح؛ لأنه لا يستقلُّ بها بخلاف الإسلامِ.

وحكىٰ ابْنُ كَجٍّ وجهاً: أنَّ الاستزكاءَ لا يجبُ مُطلقاً إلَّا إذا طلبَهُ الخصْمُ، وليس بشيءٍ.

فَرْعٌ: قال في « العُدَّةِ »[2]: إذا استفاضَ فسْقُ الشاهدِ بين الناسِ، فلا حاجةَ إلىٰ البحثِ والسؤال، ويجعلُ المستفيض[3] كالمعلوم.

الثالثةُ: ينبغي أَنْ يكون للقاضي مُزَكُّونَ، وأصحابُ مسائِلَ، فالمزكُّون: هم[4] المرجوع إليهم ليبيّنوا حالَ الشهود، وأصحابُ المسائِلِ هم الذين يبعثهم إلىٰ المزكِّين، ليبحثوا، ويسألوا، وربَّما فُسِّرَ أصحاب المسائل في لفظ الشافعي رَحِمَهُ ٱللَّهُ بالمزكِّين.

ثم المخبرونَ عن فِسْقِ الشهودِ وعدالتهم ضَرْبانِ.

أحدهما: مَنْ نَصَّبه الحاكم للجَرْح والتَّعديل مُطلقاً، أو في واقعةٍ خاصَّة، فيسمع

---

(١) كلمة: « أَقَرَّ » ساقطة من المطبوع.
(٢) **العُدَّة** هنا: لأبي المكارم الرُّوياني ابن أخت صاحب « البحر ».
(٣) في (أ): « الاستفاضة »، وكذٰلك في نسخة بهامش (ظ).
(٤) في (ظ): « هو ».

الشهادة عليها[١]، وما ثبت عنده أنهاهُ إلىٰ القاضي.

والثاني: مَنْ يشهدُ بالعدالة، أو الفسقِ، ثُمَّ مِنْ هـٰؤلاء مَنْ يشهدُ أصالةً، ومنهم من يشهدُ علىٰ شهادة غيرِه.

والأولُ قد يعرفُ الحالَ، فيشهدُ، وقد لا يعرفُ، فيأمره القاضي بالبحثِ؛ ليعرفَ، فيشهدَ، كما يوكّل القاضي بالغريب الذي يدَّعي الإفلاس مَنْ يبحثُ عنه، ويُخالطه؛ ليعرف إفلاسه، فيشهدَ.

وأما الثاني، فهو شاهد فرع، والقياسُ أنه لا يشهدُ إلاَّ عند غَيبة الأصل، أو تعذر [١٢٤٤ / أ] حضوره، وكذا ذكره الهَرَويُّ، وسيأتي إنْ شاء ٱللهُ تعالىٰ ما ينازع فيه.

وإذا أرادَ الحاكمُ البحثَ عن حالِ الشهودِ، كتبَ اسمَ الشاهِدِ، وكُنيتَهُ إنِ اشتهرَ بها، ووَلاءَه إنْ كان عليه وَلاءٌ، واسمَ أبيه، وجَدِّه، وحليتَه، وحِرْفته، وسوقَه، ومسجدَه؛ لئلاَّ يشتبهَ بغيره، فإن كان مشهوراً[٢]، وحصلَ التمييزُ ببعض هـٰذه الأوصاف، كفىٰ، ويكتبُ أيضاً اسمَ المشهود له، والمشهود عليه، فقد يكون بينهما ما يمنعُ شهادتَهُ له، أو عليه؛ من قَرابة، أو عَداوة.

وفي قَدْرِ المال وجهان.

أحدهما: لا يكتبُهُ؛ لأنَّ العدالة لا تتجزَّأ، والصحيحُ المنصوصُ أنه يذكرُهُ؛ لأنه قد يغلبُ علىٰ الظن صِدْقُ الشاهِد في القليل دون الكثير، وأَمَّا دعوىٰ الأولِ أَنَّ العدالة لا تتجزَّأ، فقد حكىٰ أبو العَبَّاس الرُّوْيَانِيُّ[٣] في ذٰلك وجهَين، وبنىٰ عليهما: أنه لو عدلَ، وقد شهدَ بمالٍ قليل، ثم شهدَ في الحالِ بمالٍ كثير، هل يحتاجُ إلىٰ تجديدِ تزكيةٍ، ويكتبُ إلىٰ كُلِّ مُزَكٍّ كتاباً، ويدفعه إلىٰ صاحبِ مسألةٍ، ويخفي كلَّ كتاب عن غير مَنْ دفعه إليه وغير مَنْ بعثه إليه؛ احتياطاً. ثمَّ إذا وقَفَ القاضي علىٰ ما عند المزكِّين، فإنْ كان جَرْحاً لم يظهرْهُ، وقال للمدَّعي: زِدْني في الشهود، وإنْ كان تعديلاً، عملَ بمقتضاهُ.

---

(١) في (أ): « عليهما ».

(٢) في المطبوع: « مشهوداً »، تحريف.

(٣) هو أحمد بن محمد الروياني صاحب « الجُرجانيات ».

ثم حكىٰ الأصحابُ والحالةُ هٰذه وجهَين في أن الحكم بقولِ المزكِّينَ، أم بقولِ أصحابِ المسائلِ ؟ قال أبو إسحاقَ: بقولِ المزكِّينَ؛ لأن أصحابَ المسائل شهودٌ علىٰ شهادة، فكيف تقبلُ مع حضورِ الأصل، وإنما هم رُسُلٌ ؟ ! وعلىٰ هٰذا: يجوز أَنْ يكونَ صاحبُ المسألةِ واحداً، فَإن عادَ بالجَرْح، توقَّف القاضي، وإِنْ عادَ بالتعديل، دعا مُزَكِّيَيْنِ ليشهدا عنده بعدالة الشاهِد، ويُشيرا إليه، ويأمن بذٰلك من الغلطِ من شخصٍ إلىٰ شخص.

وقال الإِصْطَخْرِيُّ: إنما يحكمُ بقول أصحابِ المسائِل، ويبني علىٰ ما ثبت عندهم بقولِ المزكِّين.

قال ابْنُ الصَّبَّاغ: وهٰذا وإنْ كان شهادةً علىٰ شهادة، تقبلُ للحاجة؛ لأنَّ المُزَكِّي لا يكلف الحضور، وقولُ الإِصْطَخْرِيِّ أصحُّ عند الشيخ أبي حامد، والقاضي أبي الطيِّب، وغيرِهما.

قالوا: وعلىٰ هٰذا: إنما يعتمدُ القاضي قولَ اثنين من أصحابِ المسائِل، فإنْ وَصَفَاهُ بالفِسْق، فعلىٰ ما سبقَ، وإنْ وَصَفَاهُ بالعدالة أحضر الشاهدين[1] ليشهدا بعدالته، ويشيرا[2] إليه. وإذا تأملتَ كلامَ الأصحابِ، فقد تقولُ: ينبغي أَنْ لا يكونَ في هٰذا خلافٌ محقّق؛ بل إنْ وليَ صاحبُ المسألةِ الجرحَ والتعديلَ، فَحُكْمُ القاضي مبنيٌّ علىٰ قوله، ولا يعتبرُ العدد؛ لأنه حاكم، وإِنْ أمرَهُ بالبحث، بَحَثَ ووقَفَ علىٰ حال الشاهد، وشهدَ بما وقَفَ عليه، فالحكمُ أيضاً مبنيٌّ علىٰ قوله، لٰكن يعتبرُ العدد؛ لأنه شاهِد، وإن أمرَهُ بُمراجعة مُزَكِّيَيْنِ، فصاعِداً وبأَنْ يُعلمَه بما عندهما، فهو رسولٌ محض، والاعتمادُ علىٰ قولهما، فليحضرا، ويشهدا. وكذا لو شهد[3] علىٰ شهادتهما؛ لأن شَهادة[4] الفرع لا تُقبل مع حضور الأصل.

فَرْعٌ: مَنْ نُصِّبَ حاكِماً في الجَرْح[5] والتعديل[6] [١٢٤٤ / ب] اعتبرَ فيه صفات

---

(١) في الأصول: « الشاهد »، المثبت من (فتح العزيز: ١٢ / ٥٠٣).

(٢) في (أ): « ويشير ».

(٣) في (ظ): « شهدا ».

(٤) في (أ): « شاهد »، وفي المطبوع: « الشاهد ».

(٥) **الجَرْح**: إظهار المعايب.

(٦) **التعديل**: التزكية.

القضاةِ، ومن شهرَ بالعدالة أو الفِسْق، اشترطَ فيه صفات الشهود، ويشترطُ مع ذٰلك العلمُ بالعدالة والفِسق وأسبابهما، وأَنْ يكونَ المعدّل خبيراً بباطن حال مَنْ يعدّله؛ لصُحبةٍ، أو جوارٍ، أو مُعاملة، ونحوِها. قال في « الوسيط »: ويلزمُ القاضي أن يعرفَ أَنَّ المزكّي خبيرٌ بباطن الشاهد في كُلِّ تزكيةٍ إلَّا إذا علمَ مِنْ عادته أنه لا يُزَكِّي إلَّا بعد الخبرة. ثم ظاهر لفظ الشافعيِّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ اعتبارُ التقادُم في المعرفة الباطنة؛ لأنه لا يمكن الاختبارُ في يوم أو يومَين، ويشبهُ أَنْ يقالَ: شِدَّةُ الفحص والإمعان تقومُ مَقام التقادم[1]، ويمكن الاختبار في مدة يسيرة، وليس ذكرُ التقادُم علىٰ سبيل الاشتراط[2]؛ لأنَّ الغالبَ أَنَّ المعرفةَ الباطنةَ لا تحصُلُ إلا بذٰلك، ويوضِّحُ هٰذا ما ذكرنا أَنَّ القاضيَ يأمر بالبحث؛ ليعرفَ حالَ الشاهد فيزكِّيه، ولو اعتبرنا التقادُمَ لطالت المدةُ، وتضرَّرَ المتداعيانِ بالتأخير الطويلِ.

أَمَّا الجَرْحُ، فيعتمدُ فيه المعاينة أو السَّماع؛ فالمعاينة؛ بأن[3] يراه يزني، أَوْ[4] يشربَ الخمرَ، والسماعُ؛ بأَنْ يسمَعَهُ يقذِفُ، أو يُقِرُّ علىٰ نفسِه بزناً، أو شُربِ خمرٍ؛ فإنْ سمعَ من غيرِه، نُظِرَ:

إن بلغَ المخبرونَ حَدَّ التواتُر، جازَ الجَرْحُ؛ لحُصول العلمِ، وكَذا إن لم يبلغوا[5] التواترَ؛ لٰكنه[6] استفاضَ، جازَ الجَرْحُ أيضاً، صرَّحَ به ابْنُ الصَّبَّاغِ، والبَغَوِيُّ[7] وغيرُهما.

ولا يجوزُ الجَرْحُ بناءً علىٰ خبرِ عدَدٍ يسيرٍ، لٰكن يشهد علىٰ شهادتهم بشرطِ الشهادةِ علىٰ الشهادَةِ، وذكر البغويُّ؛ تفريعاً علىٰ قول الإِصْطَخْرِيِّ في أن الحكمَ بقولِ أصحابِ المسائِلِ؛ أنه يجوز أَنْ يعتمدَ فيه أصحاب المسائل خَبَر واحد من الجيران إذا وقعَ في نفوسِهم صِدْقُهُ، وهل يشترطُ ذِكْرُ سَببِ رُؤيةِ الجَرْح أو سَمَاعه؟ وجهان.

---

(١) في المطبوع زيادة: « في المعرفة الباطنة ».
(٢) في المطبوع زيادة: « بل ».
(٣) في المطبوع: « أَنْ ».
(٤) في المطبوع: « أَنْ » بدل: « أو ».
(٥) في المطبوع: « يبلغ »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٢ / ٥٠٥).
(٦) في المطبوع: « لٰكن »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٢ / ٥٠٥).
(٧) انظر: (التهذيب: ٨ / ١٨٨).

أحدهما: نَعَمْ، فيقول مثلاً: رأيتُهُ يزني، وسمعتُهُ يَقْذِفُ. وعلىٰ هـٰذا القياس يقولُ في الاستفاضة: استفاضَ عندي.

والثاني، وهو المذكور في « الشامل »: لا حاجةَ إليه، وليس للحاكم أَنْ يقول: من أينَ عَرَفْتَ حاله؟ وعلىٰ أيِّ شيء بَنَيْتَ شهادَتَكَ؟ كما في سائر الشهاداتِ، وهـٰذا أقيسُ، ويُحكىٰ عن ابْنِ أبي هُريرةَ، والأولُ أشهرُ.

ولا يجعلُ الجارح بذكر الزنىٰ قاذِفاً للحاجَة، كما لا يجعلُ الشاهِد قاذفاً، فَإِنْ لم يوافقْهُ غيره، فليكن كما لو شهدَ ثلاثةٌ بالزِّنىٰ، هل يجعلون قَذَفَةً؟ فيه القولانِ.

قلتُ: المختار، أو الصوابُ: أنه لا يجعلُ قاذِفاً، وإِنْ لم يوافقْهُ غيرُهُ؛ لأنه معذور في شهادته بالجَرْح؛ فإنه مسؤول عنها[(١)]، وهي[(٢)] في حَقِّه فرضُ كفايةٍ، أو متعيِّنة، فهو معذورٌ بخلاف شُهود الزنىٰ؛ فإنهم مندوبونَ إلىٰ السَّتْرِ، فهم مقصِّرون. **واللهُ أعلمُ**.

ولو أخبرَه[(٣)] بعَدالته مَنْ يَحْصُلُ بهم[(٤)] الاستفاضَةُ، وهم من أهل الخِبرة بباطِن مَنْ يُعَدِّلونه[(٥)]، لم يبعُدْ أَنْ يجوزَ له تعديله بذٰلك، وتقام خبرتُهم مَقَامَ خبرته، كما أُقيم في الجَرْح رؤيتُهم مَقام رؤيته.

فَرْعٌ: وينبغي أَنْ يكونَ المزكُّونَ وافِري العقولِ[(٦)]؛ لئَلَّا يُخْدَعوا، وبُرَآءَ من الشَّحناءِ[(٧)]، والعصبيَّة في النسبِ، والمذهَبِ، ويجتهدُ في إخفاء أمرِهم؛ لئلَّا يُشْهَروا في الناس بالتزكيةِ، وهل يشترطُ لفظُ الشهادة من المزكِّي؟ وجهانِ.

أصحهما: نَعَمْ، فيقولُ: أشهدُ أنه عَدْلٌ.

فَرْعٌ: لا يجوزُ أَنْ يزكِّيَ أحَدُ الشاهدَين الآخَرَ، وفيه وجهٌ ضعيفٌ [١٢٤٥ / أ].

---

(١) في المطبوع: « عنهما ».
(٢) في (ظ): « فهي ».
(٣) في (أ): « ولو أخبر ».
(٤) في المطبوع: « بخبره » بدل: « بهم ».
(٥) في المطبوع: « يعدلون ».
(٦) **وافر العقل**: أي: تام العقل (النظم المستعذب: ٢ / ٢٩٥).
(٧) **الشحناء**: العداوة (النظم المستعذب: ٢ / ٢٩٤).

وعن « كتاب حَرْمَلَةَ »: أنه لو شهدَ اثنانِ، وعدَّلهما آخرانِ، لا يعرفُهما القاضي، وزكَّىٰ الآخَرين مزكّيان للقاضي، جازَ.

ولو زكَّىٰ ولَده أو والدَه، لم يُقبَلْ علىٰ الصحيح، وبه قطع العَبَّادِيُّ[(١)]، وغيرُهُ.

فَرْعٌ: لا تَثبُتُ العدالَةُ بمجرَّد رُقعة المزكِّي علىٰ الصحيح؛ لأن الخَطَّ لا يعتمدُ في الشهادة كما سبق، وجوَّز[(٢)] القاضي حُسَينٌ الاعتمادَ[(٣)] علىٰ الرُّقعة.

قال في « الوسيط »: تفريعاً علىٰ الأولِ: يكفي رسولانِ مع الرُّقعة، وأَنَّ الصحيحَ وجوبُ المشافهة، وهـٰذا ظاهِر إنْ كان القاضي يحكمُ بشهادة المزكِّين، فأَمَّا إنْ وليَ بعضهم الحكم بالعَدالة والجَرْح، فليكن كتابُهُ ككتابِ القاضِي إلىٰ القاضِي، وليكن الرسولانِ كالشاهدَين علىٰ كتابِ القاضي.

فَرْعٌ: لا يقبلُ الجَرْحُ المُطَلقُ؛ بل لا بدَّ من بيانِ سببه، ولا حاجة إلىٰ بيان سببِ التعديلِ؛ لأن أسبابَه غيرُ مُنحصِرَةٍ، وفيه وجه ضعيفٌ حكاه في « العُدَّة »[(٤)]، وليس بشيءٍ، والأصحُّ أنه يكفي أَنْ يقولَ: هو عَدْلٌ.

وقيل: يشترطُ أَن يقولَ: عَدْلٌ عَليَّ ولِيَ، وهو ظاهرُ نصه في « الأُمِّ » و « المختصر »، لـٰكن تأوَّله الأولونَ، أو جعلوهُ تأكيداً، لا شَرْطاً. ولا يحصلُ التعديلُ بقوله: لا أعلمُ منه إلَّا خيراً، أو: لا أعلمُ منه ما تُرَدُّ به الشهادةُ.

المسألةُ الرابعةُ: إذا ارتابَ القاضي بالشهودِ، أو توهَّم غَلَطَهُم؛ لخفَّةِ عَقْلٍ وجدَها فيهم، فينبغي أَنْ يُفرِّقَهم، ويسألَ كُلَّ واحدٍ منهم عن[(٥)] وقتِ تحمُّلِ الشهادة؛ عاماً، وشهراً، ويوماً، وغدْوةً، أو عَشِيَّةً، ومكان محلّة، وسِكَّة، ودار وصفَّة، ويسأله[(٦)]: أتحمَّلَ وحدَه، أم مع غيره؟ وأنه كتب شهادته أم لا؟ وأنه كتب قبلَ فلان

---

(١) هو أبو الحَسَن العَبَّاديُّ صاحبُ « الرَّقْمِ ».
(٢) في (أ)، والمطبوع: « وجوَّزه ».
(٣) في المطبوع: « للاعتماد ».
(٤) **العُدَّة** هنا: لأبي المكارم الرُّوياني ابن أخت أبي المحاسن الرُّوياني.
(٥) في (ظ) زيادة: « كُلّ ».
(٦) في المطبوع: « ويسأل ».

أم بعده ؟ وكتبوا بحِبْرٍ أم بِمدادٍ، ونحو ذٰلك ؟ ليستدلَّ علىٰ صِدْقهم إن اتفقَتْ كلمتُهم، ويقف إن لم تتفقْ.

وإذا أجابه أحدُهم، لم يَدَعْهُ يرجعُ إلىٰ الباقينَ حتَّىٰ يسألهم القاضي؛ لئلاَّ يخبرَهم بجوابه.

ومتىٰ اتفقوا علىٰ الجوابِ، أو لم يتعرَّضوا للتفصيلِ، ورأىٰ أَنْ يعظَهُم، ويحذرَهم عقوبةَ شهادةِ الزورِ، فَعَلَ، فإن أصرُّوا، وجبَ القضاءُ إذا وجدَ شروطه، ولا عبرةَ بما يبقىٰ من ريبةٍ.

وإنْ لم يَجِدْ فيهم خِفَّةً، ولا رِيبةً، فالصحيحُ الذي عليه الجمهورُ: أنه لا يفرِّقَهم؛ لأن فيه غَضّاً منهم.

وقال الرُّوْيَانِيُّ: يفرِّقهم.

وقال البَغَوِيُّ[1]: إنْ فَرَّقَهم بمسألةِ الخَصْم، فلا بأسَ.

ثم إنَّ التفريقَ والاستفصالَ جعله الغزاليُّ بعد التزكيةِ، والصحيحُ الذي قاله[2] العراقيون وغيرهم، أنه قبل الاسْتِزْكاءِ، فإن اطَّلع علىٰ عَورة، استغنىٰ عن الاسْتِزْكاء والبحثِ عن حالهم، وإن لم يَطَّلِعْ؛ فإنْ عَرَفَهم بالعدالة، حكمَ، وإلاَّ فحينئذ يَسْتَزكي، وهل هٰذا التفريقُ والاستفصالُ واجَبٌ أم مستحبٌّ ؟ فيه أوجه.

الصحيح الذي ذكره ابْنُ كَجٍّ، والبَغَوِيُّ، وعامةُ الأصحابِ، وهو الموافق للفظ « المختصر »: أنه مستحب.

والثاني: واجِبٌ، قاله الإمامُ[3]، والغزاليُّ. قالا: ولو تركه وقضىٰ مع الارتيابِ، لم يَنْفُذْ.

والثالث: إنْ سأل الخصم وَجَبَ، وإلاَّ، فلا.

الخامسةُ: تُقَدَّمُ بَيِّنةُ الجَرْحِ علىٰ بَيِّنة التعديل؛ لزيادة علمِ الجارحِ [١٢٤٥ / ب] فلو انعكس الأمرُ؛ بأن قال المعدَّلُ: قد عرفْتُ السبب الذي

---

(١) انظر: (التهذيب: ٨ / ١٩٠).

(٢) في المطبوع: « علله » بدل: « قاله ».

(٣) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٤٨١).

ذكره الجارِح، لكنَّه تاب منه، وحَسُنَتْ حالُه، قُدِّمت بينةُ التعديلِ؛ لأن مع المعدِّل ـ هنا ـ زيادةَ علم، كذا ذكره جماعة، منهم صاحب « الشامل ».

وقولُ الواحدِ لا يُقبلُ في الجرح، فَضْلاً عن تقديمه.

السادسَةُ: عُدِّلَ الشاهِدُ، ثم شهدَ في واقعة أُخرىٰ، فإنْ لم يَطُلِ الزمانُ، حُكِمَ بشهادته، ولا يطلبُ تعديلُه ثانياً، وإنْ طال، فوجهان.

أصحُّهما: يطلبُ تعديله ثانياً؛ لأنَّ طولَ الزمان يغيِّرُ الأحوالَ، ثم يجتهدُ الحاكمُ في طولِهِ وقِصَره.

السابعَةُ: شهادةُ[1] المسافرينَ، والمجتازين من القوافِل، كشهادة غيرهم في الحاجة إلىٰ التعديل، فإنْ عَدَّلهما مزكِّيان في البلد، أو عَدَّل مُزَكِّيان اثنَين من القافلة، ثم هُما عَدَّلا الشاهدَين، قُبلت شهادتُهما، وإلَّا، فلا.

الثامنةُ: سأَلَ القاضي عن الشهود في غير مَحَلِّ ولايته، فعدّلوا، ثم عادَ إلىٰ مَحَلِّ ولايته، قال ابْنُ القَاصِّ: له الحكمُ بشهادتهم إن جوَّزْنا القضاءَ بالعلم، وخالفه أبو عاصمٍ[2]، وآخرونَ، وقالوا: القياسُ مَنعُهُ، كما لو سمعَ البيِّنةَ خارجَ وِلايته.

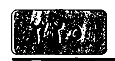
التاسعَةُ: عُدِّلَ شاهِدٌ، والقاضي يتحقَّقُ فِسْقَه بالتسامُع، قال الإمام[3]: الذي يجبُ القطعُ به؛ أنه يتوقَّف ولا يقضي.

العاشِرةُ: تقبل شهادةُ الحِسْبَةَ علىٰ العدالة والفسْقِ؛ لأن البحثَ عن حالِ الشهود، ومَنْعَ الحُكم بشهادة الفاسِق، حقٌّ للهِ عزَّ وجلَّ.

✍ ✍ ✍

---

(١) في المطبوع: « شهادات ».
(٢) **أبو عاصم**: هو العَبَّاديُّ، محمد بن أحمد الهروي.
(٣) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٤٨٨).





الباب الثالث
في القضاء على الغائب

هو جائزٌ في الجُملة، وحكى صاحب « التقريب »[١] قولاً، عن رواية حَرْمَلَةَ: أنه لا يجوزُ إلاَّ إذا كان للدعوى اتصالٌ بحاضِر، والمشهورُ: الأولُ، وبه قطعَ الأصحابُ.

وفي الباب أطراف:

الأولُ: في الدعوى، ويشترطُ في الدعوى على الغائب ما يشترطُ فيها على الحاضِر، مِنْ بيان المُدَّعَى، وقَدْرِهِ، وصفته، وقوله: إني مطالبٌ بالمالِ. ولا يكفي الاقتصارُ على قوله: لي عليه[٢] كذا.

ويشترط أَنْ يكونَ للمدَّعي بينةٌ، وإلاَّ، فلا فائدةَ، وأَنْ يدعي جحود الغائبِ[٣]؛ فإن قال: هو مُقِرٌّ، لم تسمَعْ بينتُهُ، ولغَتْ دعواهُ، وإنْ لم يتعرَّضْ لجُحوده، ولا إقرارِهِ، فهل تسمَعُ بينتُهُ؟ وجهانِ.

أصحُّهما: نَعَمْ؛ لأنه قد لا يعلمُ جُحوده في غَيبته، ويحتاجُ إلى الإثبات، فجعلت الغَيبة، كالسكوت. وفي « فَتاوى القَفَّال »: أن هـٰذا كُلَّه فيما إذا أرادَ إقامة البَيِّنة على ما يدَّعيه، ليكتبَ القاضي به إلى حاكم بلدِ الغائب، فأمَّا إذا كان للغائِب مالٌ حاضِرٌ، وأرادَ إقامةَ البَيِّنة على دَينه، ليوفِّيَهُ القاضي، تُسمع بَيِّنته ويوفِّيه، سواء

---

(١) **صاحب التقريب**: هو القاسم بن القَفَّال الشاشي الكبير.

(٢) في المطبوع: « عليك »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٢ / ٥١١).

(٣) في المطبوع: « جحوده » بدل: « جحود الغائب ».

قال: هو مُقِرٌّ، أو جاحِد، وهل علىٰ القاضي لسَمَاع الدعوىٰ علىٰ الغائب أن يُنَصِّبَ مُسَخَّراً [١] ينكرُ علىٰ الغائب ؟ وجهان .

أحدهما: نَعَمْ ؛ لتكونَ البينةُ علىٰ إنكار منكر .

وأصحُّهما علىٰ[٢] ما ذكره البغوي : لا[٣] ؛ لأنَّ الغائبَ قد يكون مُقِرّاً، فيكون إنكارُ المسخَّر كذِباً. ومقتضىٰ هـٰذا التوجيه : أن لا يجوز نصبُ المسخَّر، لـٰكن الذي ذكره أبو الحَسَنِ العَبَّادِيُّ، وغيرهُ: أن القاضي [١٢٤٦ / أ] مخيّرٌ، إن شاءَ نصبَ، وإلاَّ، فلا .

الطرفُ الثَّاني: في التحليفِ، فيحلفُ القاضي المُدَّعي علىٰ الغائب بعد قيامِ البَيِّنة، وتعديلها: أنه ما أبرأهُ من الدَّين الذي يدَّعيه، ولا من شيءٍ منه، ولا اعتاضَ، ولا استوفىٰ، ولا أحالَ عليه هو، ولا أخذَ من جهته ؛ بل هو ثابتٌ في ذِمةِ المدَّعىٰ عليه، يلزمُهُ أداؤه. ويجوزُ أن يقتصرَ، فيحلفه علىٰ ثبوت المال في ذِمته، ووجوبِ تسليمه. وكذا يحلف مع البينةِ الوارثُ إذا كان المدَّعىٰ عليه صبيّاً، أو مجنوناً، أو ميتاً ليس له وارِث خاص[٤]، فإنْ كانَ، حلفَ بسؤالِ الوارثِ .

وحكىٰ أبو الحُسَين[٥] الطَّرَسُوسِيُّ ـ من أصحابنا ـ قولاً : أنه لا يحلفُ في الدعوىٰ علىٰ غائبٍ[٦] مع البينة وهو مذهب المزنِيِّ، والمشهورُ: الأولُ، لـٰكن هلِ[٧] التحليفُ واجِبٌ، أم مستحبٌّ ؟ وجهانِ، ويقال: قولان .

أصحُّهما: الوجوبُ، ومنهم مَنْ قطعَ به .

---

(١) مُسَخَّراً : أي يعمل بلا أجرٍ .

(٢) كلمة : « علىٰ » ساقطة من المطبوع .

(٣) كلمة : « لا » ساقطة من المطبوع .

(٤) في المطبوع : « حاضر » المثبت موافق لما في (فتح العزيز : ١٢ / ٥١٢) .

(٥) كذا في الأصول الخطية، وفي (فتح العزيز: ١٢ / ٥١٣): « أبو الحسين »، ولعلَّ الصواب « أبو الحَسَن »، فقد ترجمه ابن هداية الله في (طبقات الشافعية ص: ٨٣) فقال: « هو أبو الحسن علي بن الحسن الطَّرَسوسي. قال العبَّاديُّ: هو معاصرُ أبي الطيب السَّاوِيِّ. . . »، وانظر: (تاريخ دمشق لابن عساكر: ٤١ / ٣٣٤ ـ ٣٣٥، ترجمة رقم: ٤٨٥١)، و(الذيل علىٰ طبقات ابن الصَّلاح: ٢ / ٧٣٧).

(٦) قوله: « علىٰ غائب » ساقط من المطبوع .

(٧) في المطبوع: « هـٰذا » بدل: « هل » .

ومن قال بالاستحباب، قال: لأنَّ تداركَ التحليفِ باقٍ، والوجوبُ في الميت، والصبيِّ، والمجنونِ أَوْلىٰ؛ لعجزهم عن التدارُك، لـٰكن الخلاف مُطَّرد فيهم، حكاه أبو الحَسَن العَبَّادي، وجماعةٌ، وبنىٰ علىٰ هـٰذا: ما لو أقامَ قَيِّمُ طفلٍ بينةً علىٰ قيِّمِ طفل؛ فإن أوجَبنا التحليفَ، انتظرْنا حتَّىٰ يبلغَ المُدَّعىٰ له، فيحلف، وإن قلنا بالاستحباب، قضىٰ بها، ولا يشترط[١] في اليمين ـ هنا ـ التعرض لصدقِ الشهودِ بخلاف اليمينِ مع الشاهد؛ لأن البينة هنا كاملةٌ، وقيل: يشترطُ.

فَــرْعٌ[٢]: إذا لـم يَدَّعِ بنفسه؛ بل ادَّعَىٰ وكيلُهُ علىٰ غائب، لا يحلفُ؛ بل يعطىٰ المالَ إِنْ كان للمدَّعَىٰ[٣] عليـه هنـاك مـالٌ، ولو كان المدَّعىٰ عليه حاضراً، وقال للمدَّعي بالوكالة بعد أَنْ أقامَ البينةَ عليه: أبرأَني موكِّلُك الغائبُ، وأرادَ التأخيرَ إلىٰ أن يحضر الموكلُ، فيحلف، لم يمكَّنْ منه؛ بل عليه تسليمُ الحَقِّ، ثم يثبتُ الإبراء من بَعْدُ إنْ كانت له حُجَّة. وكذا لو ادّعىٰ وليُّ الصبيِّ ديناً للصبيِّ، فقال المدَّعَىٰ عليه: إنه أتلفَ عليَّ مِنْ جنس ما تدَّعيه قَدْرَ دَيْنِهِ، لم ينفعْهُ؛ بل عليه أداءُ ما أثبتَه الوليُّ، فإذا بلغَ الصبيُّ، حلَّفهُ.

ولو قالَ المدَّعىٰ عليه في مسألة الوكيل[٤]: أبرأني موكِّلك الغائبُ، فاحلِفْ أنك لا تعلمُ ذٰلك، قال الشيخ أبو حامد: له تحليفُهُ علىٰ نفيِ العلم، ومِنَ الأصحاب مَنْ يخالفه، ولا يحلف الوكيل. ولك أَنْ تقولَ: مُقتضىٰ ما ذكره الشيخ أَنْ يحلِّفَ القاضي وكيل المدَّعي علىٰ الغائب علىٰ نفي العلم بالإبراءِ وسائر الأسباب المُسقطة نيابةً عن المدَّعَىٰ عليه فيما يتصوَّر منه لو حَضَرَ، كما ناب عنه في تحليف من يدَّعي لنفسه.

فَرْعٌ: يجوزُ القضاءُ علىٰ الغائب بشاهدٍ ويمينٍ، كالحاضِر، وهل يكفي يمينٌ، أم يشترطُ يمينانِ أحدهُما لتكملَ الحجَّة، والثاني لنفي المُسقطاتِ؟ وجهانِ.

أصحُّهما: الثاني.

---

(١) في (ظ، أ) زيادة: « التعرض ».

(٢) كلمة: « فرع » ساقطة من المطبوع.

(٣) في المطبوع: « المدعىٰ » بدل: « للمدَّعىٰ ».

(٤) في المطبوع: « التوكيل »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٢ / ٥١٤).

فَرْعٌ: تعلَّق برجل، وقال: أنت وكيلُ فلانٍ الغائب، وليَ عليه كذا، وأَدَّعي عليكَ، وأقيمُ البيِّنة في وجهك، فإنْ علم أنه وكيل، وأرادَ أَنْ لا يخاصم، فليعزِلْ نفسَه، وإن لم يعلَم، فينبغي أَنْ يقول: لا أعلمُ أني وكيلٌ، ولا يقول: لستُ بوكيل [١٢٤٦ / ب] فيكون مكذِّباً لبيِّنة قد تقومُ بالوكالة، وهل للمدَّعي إقامةُ البيِّنة علىٰ وكالة مَنْ تعلَّق به ؟ وجهان.

أحدهما: نَعَمْ؛ ليستغنيَ عن ضَمِّ اليمين إلىٰ البَـيِّنة، وليكونَ القضاءُ مجمعاً عليه.

وأصحُّهما: لا ؛ لأن الوكالةَ حَقٌّ له، فكيف يُقام بَـيِّنة بها قبلَ دعواهُ ؟ !

الطرفُ الثالثُ: في كتابِ القاضِي إلىٰ القاضي[1]، فالقاضي بعدَ سماعِ الدعوىٰ والبيِّنة علىٰ الغائب، قد يقتصرُ عليه، ويُنْهي الأمرَ إلىٰ قاضي بلدِ الغائبِ، ليحكمَ، ويستوفيَ، وقد يحلِّفه كما سبق، ويحكمُ، وعلىٰ التقدير الثاني: قد يكون للغائِب مالٌ حاضِرٌ، يمكنُ أداءُ الحقِّ منه فيؤدّىٰ، وقد لا يكون كذٰلك، فيسأل المدَّعي القاضيَ إنهاءَ الحكم إلىٰ قاضِي بلدِ الغائِب، فيجيبه إليه. وللإنهاءِ طريقانِ.

أحدُهما: أن يشهدَ علىٰ حكمه عَدْلَين، يخرجانِ إلىٰ ذٰلك البلدِ، والأَوْلىٰ أن يكتبَ بذٰلك كتاباً أولاً، ثم يشهدَ، وصورةُ الكتابِ:

« حضر فلانٌ، وادَّعىٰ علىٰ فلانٍ الغائبِ المقيمِ ببلد كذا، وأقامَ عليه شاهدَين، وهما فلانٌ وفلانٌ، وقد عُدِّلا عندي، وحلَّفْتُ المدَّعي، وحكمتُ له بالمال، فسألني أَنْ أكتبَ إليك في ذٰلك، فأجبتُهُ، وأشهدْتُ بذٰلك فلاناً وفلاناً ».

ولا يشترطُ تسميةُ الشاهدَين علىٰ الحكم، ولا ذكرُ أصلِ الإشهاد، ولا تسمية شهودِ الحقِّ؛ بل يكفي أَنْ يكتبَ: شهد عندي عُدُولٌ، ويجوز أَنْ لا يصفَهم بالعدالةِ، ويكون الحكم بشهادتِهم تعديلاً لهم، ذكره في « العدَّة ».

ويجوز أَنْ لا يتعرّضَ لأصل الشهادة، فيكتب: حكمتُ بكذا بحجَّةٍ أوجَبت الحكمَ؛ لأنه قد يحكمُ بشاهدٍ ويمين، وقد يحكم بعلمه، إذا جوَّزْناه، وهـٰذه حيلةٌ يدفعُ بها القاضي قَدْحَ الحنفيَّةِ إذا حكمَ بشاهدٍ ويمين.

---

(١) في (ظ): « قاضٍ ».

وفي فحوىٰ كلامِ الأصحاب وجهٌ ضعيفٌ مانع من إبهام[١] الحجَّة؛ لما فيه من سَدِّ باب الطعنِ والقَدْحِ علىٰ الخَصْم.

ويستحبُّ للقاضي أَنْ يَخْتِمَ[٢] الكتابَ، ويدفعَ إلىٰ الشاهدَين نُسخةً غيرَ مختومة، ليطالِعاها، ويتذاكرا عند الحاجة، وأَنْ يذكرَ في الكتاب نَقْشَ خاتِمه الذي يختِمُ به، وأَنْ يثبتَ اسمَ نفسِه، واسمَ المكتوب إليه في باطنِ الكتابِ، وفي العنوانِ أيضاً.

وأمَّا الإشهادُ؛ فإن أشهدَهما أنه حكم بكذا، ولا كتابَ، شهدا به، وقُبلَتْ شهادتُهما، وإنْ أنشأ الحكم بين أيديهما، فلهما أَنْ يشهدا عليه، وإنْ لم يشهدْهما، وإن كتبَ، ثم أشهدَ، فينبغي أَنْ يقرأَ الكتاب، أو يقرأ بين يدَيه عليهما ثم يقول لهما: اشهدا علَيَّ بما فيه، أو علىٰ حُكمي المبيّن فيه.

وفي « الشامل »: أنه لو اقتصرَ بعد القراءة علىٰ قوله: هـٰذا كتابي إلىٰ فلان، أجزأ.

وحكىٰ ابْنُ كَجٍّ وجهاً: أنه يكفي مجرَّدُ القراءة عليهما.

والأحوطُ أَنْ ينظرَ الشاهدانِ وقتَ القراءة عليهما في الكتاب، فلو لم يقرأ الكتاب عليهما، ولَمْ يعلما ما فيه، وقال[٣] القاضي: أُشهدكما علىٰ أَنْ هـٰذا كتابي، أو ما فيه خَطِّي، لم يَكْفِ، ولم يكن لهما أَنْ يشهدا علىٰ حُكمه؛ لأن الشيء قد يكتبُ من غيرِ قصدٍ بحقيقة.

ولو قال: أشهدكما علىٰ أن ما فيه [حكمي]، أو علىٰ أني قضيتُ بمضمونه، فوجهان.

أصحُّهما: لا يكفي حتَّىٰ يفصلَ ما حكم به.

والثاني: يكفي؛ لإمكان معرفةِ التفصيلِ بالرجوعِ إليه، ويجري

---

(١) في (ظ): « إنهاء ».
(٢) **الخَتْمُ**: هو أن يجعل علىٰ الكتاب شيء من شمع أو ما شاكله، ويعلم عليه بعلامة من كتابٍ أو غيره (النظم المستعذب: ٢ / ٣٠٤).
(٣) في المطبوع: « قال » بدون « الواو ».

الخلافُ [١٢٤٧ / أ] فيما لو قال المقِرُّ: أشهدْتكَ علىٰ ما في هـٰذه القَبَالَةِ[1]، وأنا عالم به، لـٰكن الأصحّ عند الغزاليّ في الإقرار أنه يكفي، حتَّىٰ إذا سلَّمَ القَبَالَةَ إلىٰ الشاهد، وحفظها الشاهِدُ، وأمنَ التحريف، جاز له أَنْ يشهَد علىٰ إقراره؛ لأنه يُقِرُّ علىٰ نفسِه، والإقرارُ بالمجهول صحيحٌ. وقطعَ الصَّيْمَرِيُّ بأنه لا يكفي في الإقرارِ أيضاً حتَّىٰ يقرأَهُ ويحيطَ بما فيه. قال: وهو مذهب الشافعيِّ، وأبي حنيفةَ، رحمهما ٱللهُ، ويشبه أَنْ يكونَ الخلافُ في أن الشاهدَ هل يشهد أنه أقرّ بمضمون القَبَالَةِ مفصَّلاً ؟ فأمَّا الشهادةُ علىٰ أنه أقرَّ بما في هـٰذا الكتاب مُبهماً، فينبغي أَنْ يقبلَ بلا خلاف كسائرِ الأقاريرِ المُبهمة. ثم سواءٌ شهدَ كذا أو كذا، فإنما يشهدُ إذا كان الكتابُ محفوظاً عنده، وأمنَ التصرّف فيه[2].

فَرْعٌ: التعويلُ علىٰ شهادةِ الشهودِ، والمقصودُ من الكتاب التذكُّرُ، ومن الختمِ الاحتياطُ، وإكرامُ المكتوبِ إليه، فلو ضاعَ الكتابُ، أو امَّحىٰ، أو انكسرَ الختمُ، وشهدا بمضمونِهِ المضبوطِ عندهما، قُبلت شهادتُهما، وقُضي بها، فلو شَهدا بخلاف ما في الكتابِ، عُمِلَ بشهادتهما، ولا يكفي الكتابُ المجرَّدُ. وقال الإصْطَخْرِيُّ: إذا وثقَ المكتوبُ إليه بالخَطِّ والختمِ، كفىٰ، والصحيحُ: الأولُ.

ويشترطُ إشهادُ رجلَين عَدْلَين، فلا يُقبل رجلٌ وامرأتانِ، وقيل: يقبلُ إِنْ تعلَّقتِ الحكومةُ بمال.

وذكر ابْنُ كَجٍّ أنه لو كان الكتابُ برؤيةِ هلالِ رمضانَ، كفىٰ شهادةُ واحدٍ علىٰ قولنا: يَـثْبُتُ بواحد.

وأنه لو كتب بالزنىٰ، وجوَّزْنا كتاب القاضي إلىٰ قاضٍ في العقوبات، هل يثبتُ برجلَين، أم يشترطُ أربعة ؟ وجهانِ؛ بناءً علىٰ القولين في الإقرارِ بالزنىٰ.

فَرْعٌ: إذا وصلَ كتابُ القاضي وحامله إلىٰ قاضي البلدِ الآخَر، أحضرَ الخَصْم،

---

(١) القَبَالة: تقبَّلتُ العمل من صاحبه: إذا التزمته بعقدٍ، والقَبَالة، بالفتح: اسم المكتوب من ذٰلك لما يلتزمه الإنسانُ من عملٍ، أو دَين، وغير ذٰلك. قال الزمخشريُّ: كُلُّ مَنْ تقبَّلَ بشيء مقاطعةً، وكتب عليه بذٰلك كتاباً، فالكتاب الذي يُكتبُ هو القَبَالةُ بالفتح (المصباح: ق ب ل).

(٢) كلمة: « فيه » ساقطة من المطبوع.

فإنْ أقرَّ بالمدَّعىٰ، استوفاه، وإلاَّ فيشهدُ[١] الشاهدانِ [أن] هـٰذا كتاب القاضي فلان، وختمه، حكمَ فيه لفلان بكذا علىٰ هـٰذا، وقرأه علينا، وأشهدنا به، ولو لم يقولوا: أشهدنا به، جازَ، ولا يكفي ذكرُهما الكتابَ والخَتْمَ؛ بل لا بُدَّ من التعرُّضِ لحكمه.

ثم في « التهذيب »[٢]، و« الرَّقْمِ »: أَنَّ القاضيَ إنما يَفُضُّ[٣] الختمَ بعد شهادةِ الشهودِ وتعديلهم.

وذكر الهَرويُّ: أنه يفتحُ الكتاب أولاً، ثم يشهدونَ، ويوافقُ هـٰذا قول كثيرٍ من الأصحاب: أَنَّ الشهودَ يقرؤون الكتابَ، ثم يشهدونَ؛ ليقفوا علىٰ ما فيه، ويعلموا أنه لم يُحَرَّفْ[٤]، وليس هـٰذا خلافاً في الجواز، وكيف وقد عرفَ أَنَّ الخَتْمَ من أصله لا اعتبارَ به، فكما تقبلُ الشهادة علىٰ ما لا خَتْمَ عليه تقبلُ علىٰ المَفْضوضِ خَتْمُهُ، وسواء فَضَّهُ القاضي، أو غَيْرُهُ، وإنما هو في الأدبِ والاحتياطِ.

فَرْعٌ: يجوزُ أَنْ يكتبَ إلىٰ قاض معيَّنٍ، ويجوزُ أَنْ يطلقَ، فيكتب إلىٰ كُلِّ مَنْ يصلُ إليه من القضاة. وإذا كان الكتابُ إلىٰ معيَّنٍ، فشهدَ شاهدا الحكم عند حاكمٍ آخَرَ، قبلَ شهادتهما، وأَمضاه، وإن لم يكتُبْ: وإلىٰ كُلّ من يَصلُ إليه من القضاة؛ اعتماداً علىٰ الشهادة، وكذا لو مات الكاتب، وشهدا علىٰ حكمه عند المكتوب إليه [١٢٤٧ / ب]، أو ماتَ المكتوبُ إليه، وشهدا عند مَنْ قام مَقامَه، قبلَ شهادتهما، وأمضىٰ الحكمَ.

والعزلُ، والجنونُ، والعمىٰ، والخَرَسُ كالموتِ.

ولو كتب القاضي إلىٰ خليفته، ثم مات القاضي، أو عُزِلَ، تعذَّرَ علىٰ الخليفة القَبولُ والإمضاءُ إنْ قلنا: ينعزلُ بانعزالِ الأصل.

ولو ارتدَّ القاضي الكاتبُ أو فسقَ، ثم وصل الكتاب إلىٰ المكتوب إليه، فوجهان.

---

(١) في (أ): « فليشهد ».
(٢) انظر: (التهذيب: ٨ / ٢٠١).
(٣) في المطبوع: « نقض » تصحيف.
(٤) في المطبوع: « لم يخرق »، تحريف.

قطع ابْنُ القاصِّ، وصاحِبا « المهذَّب »[١]، و« التهـذيب »[٢] وآخرونَ؛ بأن الكتابَ إنْ كان بالحكم المُبرَم، أُمضيَ؛ لأن الفسقَ الحادِث لا يؤثِّر في الحكمِ السابِق، وإنْ كان بسماعِ الشهادةِ، لم يُقْبَلْ، ولم يحكمْ به، كما لو فسقَ الشاهد قبلَ الحكم.

وأطلق ابْنُ كَجٍّ: أنه لا يقبلُ كتابُهُ إذا فسقَ، وهو مُقتضىٰ كلام الشيخ أبي حامد، وابْنِ الصَّبَّاغِ.

فَرْعٌ: شُهُودُ الكِتَابِ والحُكْمِ، يُشترطُ ظُهورُ عَدالتِهم عند المكتوب إليه، وهل تثبتُ عدالتُهم بتعديل الكاتِب إيَّاهم ؟ وجهان، قال القَفَّالُ الشَّاشِيُّ[٣]: نَعَمْ؛ للحاجة.

والأصحُّ: المنعُ؛ لأنه تعديلٌ قبلَ أداءِ الشهادةِ، ولأنه كتعديل المدَّعي شهودَه، ولأن الكتابَ إنما يثبُتُ بقولِهم، فلو ثبت به عدالَـتُهم لثبتت بقولِهم، والشاهِد لا يزكِّي نفسَه.

فَرْعٌ: ينبغي أَنْ يثبتَ القاضي في الكتاب اسمَ المحكوم له، والمحكوم عليه، وكُنيتهما، واسمَ أبويهما، وجَدَّيهما، وحِلْيتهما، وصَنْعتهما، وقبيلتَهما؛ ليسهل التمييز؛ فإنْ كان مشهوراً، ظاهِرَ الصِّيت، وحصل الإعلامُ ببعض ما ذكرنا، اكتفيَ به.

وإذا أثبتَ الأوصاف كما ذكرنا، فحملَ الكتاب إلىٰ المكتوب إليه، وأحضرَ الحامِل عنده مَنْ زعمه[٤] محكوماً عليه، نُظِرَ:

إنْ شَهدَ شهودُ الكتابِ والحكم علىٰ عَينه؛ لأن القاضيَ الكاتبَ حكمَ عليه، طُولب بالحقِّ، وإنْ لَم يشهدوا علىٰ عينه، لـٰكن شهدوا علىٰ موصوفٍ بالصفاتِ المذكورةِ في الكتاب، فأنكرَ المحضر؛ أَنَّ ما في الكتاب اسمه ونسبه، فالقولُ قولُهُ

---

(١) انظر: (المهذب: ٥ / ٥٢٢).
(٢) انظر: (التهذيب: ٨ / ٢٠٢).
(٣) **القَفَّال الشاشي**: هو أبو بكر محمد بن علي بن إسماعيل، المعروف بالقفَّال الشاشي الكبير.
(٤) في المطبوع: « مَنْ زعم ».



بيمينه[١]، وعلى المدَّعي البينةُ على أنه اسمُهُ ونسبُهُ، فإن لم تكن بينةٌ، ونَكَلَ المحضرُ، حلّف المدَّعي، وتوجَّه له الحكم.

ولو قال: لا أحلِفُ على أنه ليس اسمي ونسبي، ولكن أحلفُ على أنه لا يلزمُني تسليمُ شيء إليه، فحكى الإمامُ[٢]، والغزاليّ، عن الصَّيدلاني: أنه يقبلُ منه اليمين هكذا، كما لو ادّعي عليه قرضٌ، فأنكر، وأراد أن يحلفَ على أنه لا يلزمُهُ شيء؛ فإنه يُقبلُ، واختارا: أنه لا يُقبلُ، وفرَّقا بأنَّ مجرَّد الدعوى ليس بحجَّة، وهنا قامت بَيِّنةٌ على المُسَمَّى بهذا الاسم، وذلك يوجِبُ الحقَّ عليه إن ثبت كونُهُ المسمَّى.

وإن قامَتِ البينةُ بأنه اسمُهُ ونسبُهُ، فقال: نَعَمْ؛ لكنّي[٣] لستُ المحكومَ عليه، فإن لم يوجَدْ هناك مَنْ يشارِكه في الاسم والصفاتِ المذكورة، لزمَهُ الحكمُ؛ لأن الظاهِرَ أنه المحكومُ عليه. وإن وجِدَ؛ بأَنْ عَرَفَهُ القاضي، أو قامت عليه بينةٌ، وأحضرَ المشارِك، فإن اعترفَ بالحقِّ، طُولب به، وخلصَ الأول، وإن أنكر [١٢٤٨ / أ]، بعثَ الحاكمُ إلى الكاتِب بما وقعَ من الإشكال، ليحضرَ الشاهدَين، ويطلبَ منهما مزيدَ صفةٍ يتميَّزُ بها المشهودُ عليه؛ فإنْ ذكرا مزيداً، كتب به[٤] ثانياً، وإلاَّ وقفَ الأمر حتَّى تنكشفَ.

ولو أقامَ المحضر بينةً على موصوفٍ بتلكَ الصفاتِ كان هناكَ، وقد ماتَ؛ فإن مات بعدَ الحكم، فقد وقعَ الإشكالُ، وإنْ ماتَ قبله؛ فإنْ لم يعاصِرْه المحكومُ له، فلا إشكالَ، وإنْ عاصَرَهُ، حَصَلَ الإشكالُ على الأصحِّ. هذا كُلُّهُ إذا أثبتَ القاضي اسمَ المحكومِ عليه، ونَسَبَهُ، وصِفَتَهُ كما سبقَ، أما إذا اقتصرَ على قوله: حكمتُ على محمدِ بن أحمدَ مثلاً، فالحكمُ باطلٌ؛ لأنَّ المحكومَ عليه مُبْهَمٌ، ولم يتعيَّنْ بإشارةٍ، ولا وَصْفٍ كامِلٍ بخلاف ما إذا استقصَى الوصف، وظهر[٥] اشتراكٌ على النُّدور، حتى لو اعترفَ رجلٌ في بلدِ المكتوبِ إليه؛ بأنه محمدُ بْنُ أحمدَ وأنه المعنيُّ

(١) في المطبوع: «مع يمينه».
(٢) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٥١٣).
(٣) في (أ)، والمطبوع: «لكن».
(٤) في المطبوع: «إليه».
(٥) في المطبوع: «فظهر».

بالكتاب، لم يلزمْهُ ذٰلك الحكم؛ لبطلانه في نفسه، إلَّا أَنْ يُقِرَّ بالحَقِّ، فيؤاخَذ به، هٰذا هو الصحيحُ، وهو الذي نقله الإمامُ[١]، والغزاليُّ، وغيرُهما.

وذكر ابْنُ القاصِّ، وأبو عليٍّ الطبريُّ: أنه إذا وردَ الكتابُ، أحضرَ القاضي المكتوبَ عليه، وقرأ عليه الكتابَ؛ فإنْ أقَرَّ أنه المكتوبُ عليه، أخذَهُ به، سواء كان رفعَ نسبه، وذكرَ صفَتَهُ، أم لا، ولا شكَّ أنه لو شَهِدَ الشهودُ كما ينبغي، إلَّا أَنه أبهمَ في الكتابِ اسم المكتوبِ عليه تُقبل الشهادة، ويعملُ بمقتضاها؛ لما سبق أَنَّ الاعتبارَ بقولِ الشهودِ، لا بالكتاب.

فَصْلٌ: سبق أَنَّ لإنهاءِ حكمِ القاضي إلىٰ قاضٍ [آخَرَ] طريقَين.

أحدهما: المكاتَبَةُ، وسبقَ.

والطريق الثاني: المُشافَهَة، وتتصوَّرُ من أوجُهٍ.

أحدها: أَنْ يجتمعَ القاضي الذي حكمَ، وقاضي بلدِ الغائبِ في غيرِ البلدَين، ويخبرَه بحُكمه.

والثاني: أن ينتقلَ الذي حكمَ إلىٰ بلدِ الغائِب، ويخبرَهُ؛ ففي الحالَين لا يقبلُ قولهُ، ولا يمضي حكمُه؛ لأن إخباره في غيرِ موضِع وِلايته، كإخبارِ القاضي بعد العَزْلِ.

والثالث: أَنْ يَحْضُرَ قاضي بلدِ الغائبِ في بلد الذي حكمَ، فيخبرَه، فإذا عاد إلىٰ مَحَلِّ ولايته، هَلْ[٢] يُمضيه؟ إن قلنا: يقضي بعلمه؛ فَنَعَمْ، وإلَّا، فلا، علىٰ الأصحِّ، كما لو قال ذٰلك القاضي: سمعتُ البينةَ علىٰ فلان بكذا؛ فإنه لا يرتب[٣] الحكم عليه إذا عاد إلىٰ محلِّ ولايته.

والرابعُ: أَنْ يكونا في مَحَلِّ ولايتهما؛ بأَنْ وقفَ كُلُّ واحدٍ في طَرَفِ محلِّ ولايته، وقال الحاكِمُ: حكمتُ بكذا، فيجبُ علىٰ الآخر إمضاؤُهُ؛ لأنه أَبلَغُ من الشهادةِ والكتاب، وكذا لو كان في البلد قاضيانِ وجوَّزناه. فقال أحدُهما للآخَر:

---

(١) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٥١٤ ـ ٥١٥).
(٢) في المطبوع: « فهل ».
(٣) في المطبوع: « يترتب ».

حكمتُ بكذا؛ فإنه يُمضيه، وكذا إذا قاله القاضي لنائبه في البلدِ، وبالعكس.

ولو خرجَ القاضي إلىٰ قرية له فيها نائب، فأخبرَ أحدُهما الآخَرَ بحُكمه، أمضاهُ الآخَرُ؛ لأنَّ القريةَ مَحَلُ ولايتهما.

ولو دخل النائبُ البلدَ، فقال للقاضي: حكمتُ بكذا، لم يقبله.

ولو قال له القاضي: حَكَمتُ بكذا، ففي إمضائه إيَّاه، إذا عاد إلىٰ قريته الخلاف في القَضاء بالعلمِ.

فَرْعٌ: إذا حكم القاضي بحَقٍّ، وشافَهَ به والياً غيرَ قاض، ليستوفِيَهُ، فله أَنْ يستوفيَ في محل ولايةِ [١٢٤٨ / ب] القاضي، وكذا خارجهُ علىٰ الصحيح.

ولو كاتبَ القاضي والياً غيرَ قاضٍ؛ فإنْ كان صالحاً للقضاء وقد فوّضَ إليه الإمامُ نظرَ القضاة وتوليةَ مَنْ يراه، جازت مكاتبَتُهُ، كما تجوزُ مكاتبة الإمامِ الأعظمِ، نصَّ عليه في « المختصر ».

وإنْ لم يكن صالحاً، أو كان، ولم يفَوّضْ إليه نَظَر القُضاة، لم تَجُزْ مكاتبتُهُ؛ لأن سماعَ البيِّنة يختصُّ بالقُضاة.

فَصْلٌ: ذكرنا في أولِ الطَّرفِ، أَنَّ القاضي بعد سَمَاع البيِّنة قد يحكمُ، ويُنهيه إلىٰ حاكمٍ آخَرَ، وقد يقتصرُ علىٰ السماع ويُنْهيه، وفَرَغْنا من القسمِ الأول.

وأما الثاني: فنقدِّمُ عليه مقدمةً فيما يمتازُ به أَحَدُ القسمَين عن[1] الثاني، وفي فروعٍ تتعلَّق بالحُكْم.

اعلمْ: أَنَّ صيغَ الحُكم كقوله[2]: حكَمتُ علىٰ فلانٍ لفلانٍ بكذا، وألزمْتُهُ كما[3] سبق في الأدبِ الخامسِ من الباب الثاني، فلو قال: ثبتَ عندي كذا بالبيِّنة العادِلة، أو صَحَّ، فهل هو حكمٌ؟ فيه وجهان.

أحدهما: نَعَمْ؛ لأنه إخبار عن تحقيق الشيء جَزْماً.

وأصحُّهما: لا؛ لأنه قد يُراد به قَبول الشهادة، واقتضاء البيِّنة صحة الدعوىٰ،

---

(١) في المطبوع: « علىٰ ».
(٢) في المطبوع: « في قوله » بدل: « كقوله ».
(٣) في المطبوع: « لما ».

فصارَ كقوله : سمعتُ البينةَ وقبلتُها ، ولأن الحكمَ هو الإلزامُ ، والثبوتُ ليس بإلزام .

وأمَّا ما يكتبُ علىٰ ظهورِ الكتُب الحكميَّة وهو : صحَّ ورودُ هـٰذا الكتاب عليَّ ، فقبلتُه قَبول مثله ، وألزمتُ العمل بموجبه ، فليس بحكم ؛ لاحتمال أَنَّ المرادَ تصحيحُ الكتاب ، وإثبات الحجّة ، ولا يجوزُ الحكمُ علىٰ المدَّعىٰ [عليه] إلَّا بعد سؤال المدَّعِي علىٰ الأصحِّ ، وهل يصحُّ أَنْ يلزمَ القاضي الميت موجب[١] إقرارِهِ في حياته ؟ وجهانِ .

ويشترطُ تعيينُ ما يحكمُ به ، ومَنْ يحكمُ له ، لـٰكن قد يبتلىٰ القاضي بظالمٍ يريدُ ما لا يجوزُ ، ويحتاجُ إلىٰ مُلاينته ، فرخص له في[٢] دفعِهِ بما يوهِمُ أنه أَسعفه بمُراده .

مثالُهُ: أقام خارجٌ بينةً [وداخلٌ بينةً ، والقاضي يعلم فسق بينةِ] الداخلِ ، ولـٰكنه يحتاج إلىٰ مُلاينته ، وطلب الحكم ؛ بناءً علىٰ ترجيح بَـيِّنة الداخِل ، فيكتب : حكمتُ بما هو مُقتضىٰ الشرع في معارضة بَـيِّنَةِ فلانٍ الداخِلِ ، [وفلان الخارج] ، وقررتُ المحكومَ به في يد المحكومِ له ، وسلطتُهُ عليه ، ومكَّنته من التصرُّف فيه ، إذا ثبَتَتْ هـٰذه المقدِّمة ، فإذا لم يحكم القاضي ، وأنهىٰ ما جرىٰ من الدعوىٰ والبينةِ بالكتاب ، سمِّي ذٰلك[٣] « كتاب نقل الشهادة » و« كتاب التثبيت » ، أي : تثبيت الحجَّة . وينص علىٰ الحُجَّة ، فيذكرُ أنه قامت عنده بَـيِّنة ، أو شاهِد ويمين ، أو نَكَلَ المدَّعَىٰ عليه ، وحلَف المدَّعِي . وإنما ينصُّ علىٰ الحجَّة ؛ ليعرفَ المكتوبُ إليه تلك الحجَّةَ ، فقد لا يرىٰ بعض ذٰلك حُجةً[٤] ، وهل يجوزُ أَنْ يكتبَ بعلمِ نفسِه ، ليقضيَ به المكتوبُ إليه ؟ قال في « العُدَّة » : لا يجوزُ ، وإنْ جوَّزنا القضاءَ بالعلم ؛ لأنه ما لم يحكمُ به هو كالشاهِدِ ، والشهادةُ لا تتأدَّىٰ بالكتابةِ .

وفي « أمالي السَّرْخَسِيِّ »[٥] : جوازُهُ ، ويقضي به المكتوبُ إليه إذا جوَّزْنا القضاء بالعلمِ .

---

(١) في المطبوع : « بموجب » .
(٢) كلمة : « في » لم ترد في المطبوع .
(٣) في المطبوع : « بذٰلك » .
(٤) في المطبوع : « الحجة » .
(٥) السَّرخسي : هو أبو الفَرَج الزَّازُ .

وإذا كتب بسماع البيِّنة، فليسمّ الشاهدَين، والأَوْلىٰ أَنْ يبحثَ عن حالِهما ويعدِّلهما؛ لأن أهل بلدهما أعرَفُ بهما، فإن لم يفعَلْ، فعلىٰ المكتوبِ إليه البحثُ والتعديلُ. وإذا[1] عدَّلَ، فهل يجوزُ أَنْ يتركَ اسم الشاهدَين؟ قال الإمامُ[2]، والغزاليُّ: لا، والقياسُ الجَواز، كما أنه إذا حكم [١٢٤٩ / أ]، استغنىٰ عن تسمية الشهود، وهٰذا هو المفهومُ من كلام البَغَويِّ، وغيره، وهل يأخذُ المكتوبُ إليه بتعديل الكاتب[3]، أم له البحثُ وإعادةُ التعديل؟ لفظ الغزاليِّ يقتضي الثاني، والقياسُ الأولُ.

قلتُ: هٰذا الذي جعلَه القياس هو الصوابُ. **واللهُ أعلمُ**.

ولا حاجة في هٰذا القسم إلىٰ تحليف المدَّعي، والقولُ في إِشهادِ القاضي، وفي أداءِ الشهودِ الشهادةَ عند المكتوب إليه، وفي دعوىٰ الخصم إِنْ كان هناك مَنْ يشاركهُ في الاسم علىٰ ما سبقَ في القسم الأولِ. وإذا عدلَ الكاتِب شهود الحقِّ، فجاء الخصمُ ببينَتِهِ علىٰ جَرْحهم سُمعت، ويقدَّمُ علىٰ التعديل، وإِنِ اسْتَمْهَلَ؛ لبيِّنةِ[4] الجَرْح، أُمهلَ ثلاثةَ أيام، هٰكذا ذكره الأصحابُ علىٰ طبقاتهم، وكذا لو قال: أَبرأتني، أو قضيت الحقّ، واسْتَمْهَلَ، ليقيمَ البَـيِّنة عليه.

ولو قال: أمهلوني حتَّىٰ أذهبَ إلىٰ بلدِهم وأجرحهم؛ فإني لا أتمكَّن من جَرْحهم إلاَّ هناك، أو قال: لي بَـيِّنة أخرىٰ هناك دافعة، لم يُمْهَلْ؛ بل يؤخَذُ الحقُّ منه، فإن[5] أثبتَ جَرْحاً أو دفعاً، استردَّ، وسواء في ذٰلك كتابُ الحُكم، وكتاب نقلِ الشهادة.

وفي «العُدَّةِ»: أنه لو سألَ المحكومُ عليه إحلافَ الخصم؛ أنه لا عداوةَ بينه وبينهم، وقد حضرَ الخصمُ عند المكتوبِ إليه، أجابه إليه، ولو سأله إحلافَه علىٰ عَدالتهم، لم يُجِبْهُ، وكفىٰ تعديلُ الحاكِم إيَّاهم، وأنه لو ادَّعىٰ قضاء الدَّين، وسأل

---

(١) في المطبوع: «إذا» بدون «الواو».
(٢) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٥١٧).
(٣) في المطبوع: «الكتاب».
(٤) في (ظ)، والمطبوع: «البينة».
(٥) في المطبوع: «فإذا».

إحلافَه: أنه لم يستوفِهِ، لم يحلفْ؛ لأن الكاتب أحلفَهُ. وذكر البغويُّ في مثله في دعوى الإبراء أنه يحلفه: أنه لم يبرئه، فحصلَ وجهان.

فَرْعٌ: في مُشافهة القاضِي قاضياً بسَمَاع البينةِ، فإذا نادىٰ قاضٍ مِنْ طرفِ ولايته قاضياً من طرفِ ولايته: إني سمعتُ البينَة بكذا، أو جوَّزنا قاضِيَين في بلد، فقال ذلك قاضٍ لقاضٍ، هل للمقُولِ له الحكمُ بذلك؟ قال الإمامُ، والغزاليُّ: يبنىٰ ذلك علىٰ أَنَّ سماعَ البينةِ وإنهاءَ الحال إلىٰ قاضٍ آخَرَ، هل هو نقلٌ لشهادةِ[1] الشهودِ، كنقل الفروعِ شهادةَ الأصولِ، أم حكمٌ بقيام البَـيِّنة؟ وفيه وجهان.

فعلىٰ الأول: لا يجوزُ، كما لا يحكمُ بالفرع مع حضور الأصلِ.

وعلىٰ الثاني: يجوزُ، كما في الحكم المُبرَم، وهٰذا أَرجحُ عند الإمام، والغزاليِّ، والصحيح: الأولُ، وبه قال عامةُ الأصحاب، وقالوا أيضاً: كتابُ السماعِ؛ إنما يقبلُ إذا كانت المسافةُ بين الكاتِب وبين الذي بلغَهُ الكتاب بحيثُ يقبلُ في مثلِها الشهادة علىٰ الشهادة، وهٰذا نَصُّه في « عُيون المسائل »[2].

ولو قال الحاكِم لخليفته: اسمَعْ دعوىٰ فلانٍ وبَـيِّنته، ولا تحكم به حتَّىٰ تعرفني، ففعل، هل للحاكم أن يحكمَ به؟ القياسُ أنه كإنهاء أحَدِ القاضِيَين في البلد إلىٰ الآخَرِ؛ لإمكانِ حُضورِ الشهودِ عنده، لٰكن الأشبه هنا الجوازُ، وبه أجاب أبو العبَّاسِ الرُّويانِيُّ[3]، مع توقُّفٍ فيه.

الطرفُ الرابع: في الحكم بالشيء الغائبِ علىٰ غائِبٍ.

الغَيْبةُ والحضور إنما تتعاقبانِ الأعيان، فأما إذا كانت دعوىٰ نكاحٍ، أو طلاق، أو رجعة، أو إثباتِ وكالةٍ، فلا يوصف المُدَّعِي بغَيبة ولا حضور، وكذا إذا كان المُدَّعىٰ [١٢٤٩ / ب] ديناً. ومتَّىٰ ادَّعىٰ عَيناً؛ فإن كانت حاضرةً مُشاراً إليها، سُلمت إلىٰ المدّعي إذا تمَّت حُجتُه، وإِنْ كانت غائبةً، فلها حالانِ.

الأولىٰ: أَنْ تكون غائبةً عن البلد، فهي إِمَّا عينٌ يُؤمَنُ فيها الاشتباهُ والاختلاطُ،

---

(١) في (ظ)، والمطبوع: « كشهادة ».

(٢) هو عيون المسائل في نصوص الشافعي لأبي بكر، أحمد بن الحسين الفارسي المتوفىٰ في حدود سنة (٣٥٠ هـ).

(٣) في « الجرجانيَّات ». انظر: (فتح العزيز: ١٢ / ٥٢٦).

كالعَقَارِ، وعَبْدٍ، وفَرَسٍ معروفَين، وإمَّا غيرها.

والقسم الأول يسمعُ القاضي البيِّنة [عليه]، ويحكمُ، ويكتبُ إلىٰ قاضي بلدِ ذٰلك المالِ ليسلِّمه إلىٰ المدَّعي.

ويعتمدُ في العَقَار علىٰ ذكرِ البُقعة، والسِّكَّةِ، والحُدود، وينبغي أَنْ يتعرَّضَ لحدوده الأربعةِ، ولا يجوزُ الاقتصارُ علىٰ حَدَّين، أو ثلاثة، ولا يجبُ التعرُّضُ للقيمة علىٰ الأصحِّ؛ لحصولِ التمييز دونه.

وأما القسم الثاني، كغيرِ المعروفِ من العبيدِ، والدوابِّ، وغيرها، فهل يسمعُ البيِّنة علىٰ عينها وهي غائبة؟ قولانِ.

أحدهما: نَعَمْ، كما يَسمعُ علىٰ الخصم الغائب؛ اعتماداً علىٰ الحِلْية، والصِّفَةِ، ولأنه يحتاج إليه كالعقارِ.

والثاني: لا؛ لكثرة الاشتباهِ، وبهٰذا قال المزنيُّ، ورجَّحه طائفة، منهم أبو الفَرَجِ الزَّازُ[1]، والأول اختيارُ الكَرَابيسِيِّ، والإِصْطَخْرِيِّ، وابْنِ القَاصِّ، وأبي عليٍّ الطبريِّ، وبه أفتىٰ القفَّالُ. فإذا قلنا به، فهل يحكمُ للمدَّعي بما قامت به البينةُ؟ قولانِ.

أحدهما: نَعَمْ، كالعَقار.

وأظهرُهما: لا؛ لأنَّ الحُكْمَ مع خَطَرِ الاشتباه والجهالةِ بعيدٌ. والحاصلُ ثلاثةُ أقوال.

أظهرها: تسمعُ البيِّنةُ[2] ولا يحكمُ.

والثاني: لا تسمعُ، ولا يحكمُ.

والثالث: تسمعُ ويحكمُ، هٰذه طريقة الجمهور، وطَرَدوها في جميع المنقولات التي لا تعرَفُ، وقال الإمامُ[3]، والغزاليُّ: مالا يؤمَنُ فيه الاشتباهُ ضربانِ.

---

(١) هو أبو الفرج السَّرْخسيُّ، عبد الرحمٰن بن أحمد.
(٢) في (ظ)، والمطبوع: زيادة: « فينبغي أن يبالغ البينة »، ليست في (فتح العزيز: ١٢ / ٥٢٧).
(٣) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٥٢٥).

ما يمكن تمييزه بالصفاتِ، والحُلَىٰ، كالحيوانِ، وما لا يمكن؛ لكثرةِ أمثَالِهِ، كالكِرْبَاسِ[1]، فالأولُ علىٰ الأقوالِ الثلاثِة، وقَطَعا في الكِرْباسِ، ونحوه، بأنه لا ترتبطُ الدعوىٰ والحكمُ بالعَين؛ فإن قلنا: يسمع البينة، فينبغي أَنْ يبالغَ المدَّعي في الوصف بما يمكنُ الاستقصاء والتعرض للثبات. وبماذا يضبطُ بعد ذكر الجنس والنوع ؟ قولانِ حكاهما الهَرَوِيُّ، وغيرُه.

أحدهما: يتعرَّضُ للأوصافِ[2] المعتَبرة في السَّلَمَ.

والثاني: يتعرَّضُ للقيمة، وتكفي عن ذٰلك الصفاتُ.

قالوا: والأظهرُ أَنَّ الركنَ في تعريفِ ذواتِ الأمثالِ ذكرُ الصفاتِ، وذِكْرُ القيمةِ مستحبٌّ.

وفي[3] ذواتِ القِيَم، الركنُ القيمةُ، وذكْرُ الصفاتِ مستحبٌّ.

ثم يكتبُ القاضي إلىٰ قاضي بلدِ المالِ بما جرىٰ عنده مِنْ مجرَّد قيامِ البيِّنة، أو مع الحُكمِ، إنْ جوَّزنا الحكمَ المبرَمَ؛ فإنْ أظهرَ الخصمُ هناك عَبْداً آخَرَ بالاسمِ، والصفاتِ المذكورة في يده، أو في يدِ غيره، فقد صار القضاءُ مُبهماً، وانقطعتِ المطالبةُ في الحالِ، كما سبقَ في المحكومِ عليه، وإن لم يأتِ بدافع؛ فإنْ كان الكتابُ كتابَ حُكمٍ، وجوَّزناه، حلفَ المدَّعي أَنَّ هـٰذا المالَ هو الذي شهدَ به شهودُه عند القاضي فلانٍ، ويسلَّم[4] إليه، ذكره ابْنُ القَاصِّ في كتاب « آداب القضاء ».

وإنْ كان كتاب سَماع البيِّنة، انتزعَ المكتوب إليه المال، وبعثه إلىٰ الكاتِب؛ ليشهدَ الشهود علىٰ عَينه، وفي طريقِهِ قولان.

أظهرهما وأشهرُهما، وبه قطع [١٢٥٠ / أ] ابْنُ الصبَّاغ، وغيرُه: يسلمُ إلىٰ المدَّعي، ويؤخذُ منه كفيل ببدَنه. وقال أبو الحَسَنِ العبَّادي: يكفلهُ قيمة المال، فإنْ ذهبَ إلىٰ القاضي الكاتِب، وشهد الشهود علىٰ عَينهِ، وسلّمَ له، كتب القاضي بذٰلك

(١) الكِرباس: بكسر الكاف: الثوب الخشن، وهو فارسيٌّ معرَّب (المصباح: ك ر ب).
(٢) في المطبوع: « لتعرض الأوصاف ».
(٣) في المطبوع: « في » بدون: « الواو ».
(٤) في (ظ): « وسلم »، وفي المطبوع: « وتسلَّم ».

إبراء[1] الكفيل، وإلاَّ فعلىٰ المدَّعي الردّ، ومُؤنته، ويختم العَين عند تسليمها إليه بختمٍ لازم، فإنْ كان عبداً، جعلَ في عُنقِهِ القِلادةَ، ويَخْتِمُ عليها، والمقصودُ من الختم: أَنْ لا يبدلَ المأخوذ بما لا يستريبُ الشهودُ في أنه له، وأخذُ الكفيلِ واجِبٌ، والخَتْمُ مستحَبٌّ، وعلىٰ هٰذا القول: لو كان المدَّعىٰ[2] جارية، فثلاثة أوجه:

أحدها: أنها كالعبد.

والثاني: لا تبعثُ أصلاً.

والثالث: تسلَّمُ إلىٰ أمينٍ في الرُّفْقة، لا إلىٰ المدَّعي، وهٰذا حسن.

قلتُ: هٰذا الثالث هو الصحيحُ، أو الصوابُ. **واللهُ أعلمُ.**

ثم المفهومُ من كلام الجمهور: أن الشهودَ إذا شهدوا علىٰ عَينه عند الكاتِب، سلّمه إلىٰ المدَّعي، وقد تمَّ الحكمُ له، ثم يكتب إبراء الكفيلِ علىٰ ما ذكرنا.

وفي «الفُروق» للشيخ أبي محمد: أنه يختمُ علىٰ رقبته ختماً ثانياً، ويكتب بأني حكمتُ به لفلان، ويسلِّمه إلىٰ المكتوب له، ليردَّه إلىٰ القاضي الثاني، فيقرأ الكتاب، ويُطلق الكفيل، ويسلّم العبد إلىٰ المدَّعي.

والقول الثاني: أن القاضي بعد الانتزاع يبيعُه للمدّعي، ويقبضُ منه الثمن، ويضعُهُ عند عَدْل، أو يكفله بالثمن، فإن سلّم للمدّعي بشهادة الشهود علىٰ عينه عند القاضي الكاتب، كتبَ بردِّ الثمنِ، أو بَراءة الكفيل، وبان بطلانُ البيع، وإلاَّ فالبيعُ صحيحٌ، ويسلّم الثمن إلىٰ المدَّعىٰ عليه، وهٰذا بيع يتولّاه القاضي [للمصلحة]، كما يبيع الضَّوَالَّ.

وحكىٰ الفُوْرَانِيُّ بدل هٰذا القول: أنه يسلّمُ إليه المال، ويأخذُ القيمة، ويدفعُها إلىٰ المدَّعىٰ عليه؛ للحيلولة بينه وبين ما يزعُمُهُ مِلْكاً له، ثم يستردّ هٰذه القيمة، سواء ثبت المالُ للمدّعي، أم لا.

الحالةُ الثانيةُ: أَن تكونَ العينُ المدَّعاة غائبةً عَنْ مجلسِ الحُكمِ دونَ البلد،

---

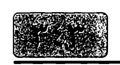
(١) في (فتح العزيز: ١٢ / ٥٢٨): « ليبرأ ».
(٢) في المطبوع: « للمدَّعي ».

فإنْ كانَ الخَصْمُ حاضِراً، أمر بإحضارها[1]؛ لتقومَ البينةُ علىٰ عَينها، ولا تسمع الشهادة علىٰ صفتها. هـٰذا هو الجواب في « فتاوىٰ القَفَّال ».

ويشبه أَنْ يجيءَ فيه وجهٌ فيما إذا كان المُدَّعىٰ عليه في البلد، هل تسمعُ الشهادة عليه مع غَيبته عنِ المجلسِ ؟ ثم إنَّما يؤمَرُ بإحضارِ ما يمكنُ إحضارُهُ بتيسُّرٍ، فأما ما لا يمكنُ، كالعَقار، فيحدّه المدَّعي ويقيم البينةَ عليه بتلك الحُدود؛ فإنْ قال الشهودُ: نعرفُ العقارَ بعينه، ولا نعرفُ الحدودَ، بعث القاضي مَنْ يسمعُ البينةَ علىٰ عينه، أو حَضَرَ بنفسه، فإنْ كان المشارُ إليه بالحدود المذكورة في الدعوىٰ، حكمَ، وإلاَّ، فلا.

ولو كان العَقار مشهوراً، لا يشتبهُ، فلا حاجة إلىٰ التحديد[2]، وأمَّا ما يعسرُ إحضارُه، كشيءٍ ثقيل، وما أثبتَ في الأرض، أو رُكِّبَ في الجدار، وأورثَ قَلْعَهُ ضرراً، فيصفُهُ المدَّعي، ويحضرُ القاضي عنده، أو يبعثُ مَنْ يسمعُ الشهادةَ علىٰ عَينه، وإن لم يمكِنْ وصفُهُ حضَرَ القاضي عنده، أو بعثَ من يسمعُ الدعوىٰ علىٰ عينه. وذكر الغزاليُّ أَنَّ العبدَ المدَّعىٰ لو كان يعرفُه القاضي، حكمَ به دون الإحضارِ، وجعل هـٰذه [١٢٥٠ / ب] الصورةَ كالمستثناةِ عن صورة وجوبِ الإحضار. وهـٰذا الذي قاله إِنْ أراد به العبدَ المعروفَ بين الناس، فهو صحيحٌ، كما ذكرنا في العَقَار المعروفِ، والعبدِ المشهورِ الغائبِ عن البلد، فأمَّا إن اختصَّ القاضي بمعرفته، فإنْ كان عالماً بصدق المدَّعي، وحكمَ بعلمه؛ تفريعاً علىٰ جوازه، فهو قريبٌ أيضاً، وإنْ حكمَ بالبيِّنة فالبيِّنة تقومُ علىٰ الصفةِ، فإذا لم تسمعْ البيِّنة بالصفة، وجب أَنْ يمتنعَ الحكم، ومتىٰ أوجَبنا الإحضارَ، فذلكَ إذا اعترفَ المُدَّعىٰ عليه باشتمالِ يده علىٰ مثلِ تلكَ العَين، وإنْ[3] أنكرَ اشتمالَ يده علىٰ عَينٍ بتلكَ[4] الصفةِ، صُدِّقَ بيمينه؛ فإنْ حلفَ، كان للمدَّعِي أَنْ يدَّعيَ عليه القيمةَ؛ لاحتمال أنها هلكت، ذكره البغويُّ، وغيرُهُ. وإنْ نَكَلَ، وحلفَ المدَّعي، أو أقام بَـيِّنَةً حين أنكرَ، كلّف إحضارها، وحبسَ، ولا يطلقُ إلاَّ بالإحضار، أو بأَنْ يدَّعيَ التلفَ، فتؤخذ منه القيمةُ، وتقبل منه

(١) في المطبوع: « بإحضاره »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٢ / ٥٣٠).
(٢) في المطبوع: « للتحديد » بدل: « إلىٰ التحديد ».
(٣) في (أ): « وإذا ».
(٤) في المطبوع: « علىٰ غير تلك » غلط.



دعوىٰ التلفِ، وإن كانت خلافَ قولِه الأولِ للضرورة، وقيل: لا يطلقُ إلَّا بالإحضار(١) أو بَيِّنة التلف، فإنْ لم يَدْرِ المدَّعي أَنَّ العين باقيةٌ، ليطالِبَ بها، أو تالفةٌ ليطالبَ بقيمتها، فادَّعىٰ علىٰ التردُّدِ، وقال: غصبَ مني كذا؛ فإنْ كان باقياً، فعليه رَدُّهُ، وإنْ كان تالفاً، فقيمَتُهُ، فوجهانِ.

أحدُهما: لا يسمعُ دعواهُ؛ لعدَم الجَزْمِ؛ بل يدَّعي العينَ، ويحلفُ عليها، ثم يُنشئ دعوىٰ القيمة، ويحلفُ عليها.

وأصحُّهما، وعليه عملُ القضاء: يسمعُ للحاجة فيه، وعلىٰ هٰذا: يحلفُ أنه لا يلزمه رَدُّ العين، ولا قيمتُها، ويجري الوجهانِ، فيما لو سلَّم ثوباً إلىٰ دَلَّال ليبيعَه، فطالبه به، فَجَحَدَ، فلم يَدْر صاحبُ الثوب أباعَهُ، فيطالبه بالثَّمن، أم تَلِفَ، فيطالبه بالقيمة، أَم هو باقٍ ليطالبَه بالعَين ؟ فعلىٰ الأول: يدعي العَين في دَعْوىٰ، والقيمةَ في أُخرىٰ، والثمنَ في أُخرىٰ.

وعلىٰ الثاني: يدَّعي أن عليه رَدَّ الثوبِ، أو ثمنَه، أو قيمتَه، ويحلف الخَصْم يميناً واحدة؛ أنه لا يلزمُهُ تسليمُ الثوب، ولا ثمنُهُ، ولا قيمتُهُ.

ولو شهدوا أنه غَصَبَ منه عبداً بصفةِ كذا، فمات العبدُ، استحقَّ بتلك الشهادة قيمته علىٰ تلكَ الصفةِ. وجميعُ ما ذكرنا فيما إذا كان الخصْمُ حاضِراً؛ فإنْ كان غائِباً، والمالُ في البلد، كما وَصَفْنا أحضر مجلس الحكم أيضاً، وأخذَ ممن في يده، ليشهدَ الشهود علىٰ عَينه.

فَرْعٌ: لو كان الخصمُ حاضراً، والمدَّعىٰ ببلدة أُخرىٰ، فقياسُ ما سبق أنَّا إنْ قلنا: تُسمعُ البينةُ بالمال الغائب، ويحكمُ به، فالقاضي يحكم عليه، وإنْ لم نجوِّزْ إلَّا السماعَ، فإذا سمعَ البينةَ، أمرَ بنقلِ المدَّعىٰ إلىٰ مجلسه، كما يفعله القاضي المكتوبُ إليه عند غَيبة الخَصْم.

فَرْعٌ: ذَكَرْنا أَنَّ المُدَّعىٰ إنْ كان في البلد، كلِّفَ المُدَّعىٰ عليه إحضاره، وإنْ كان غائباً يبعثُهُ القاضِي المكتوبُ إليه علىٰ يدِ المدَّعي، ولا يكلفُ المُدَّعَىٰ عليه الإحضار للمشقَّة، كما يكلفُ الحضور هناك، ولا يكلفه [هنا].

---

(١) في المطبوع: « بإحضارٍ ».

قال البغَويُّ : فحيثُ أمرَ المدَّعي هنا بالإحضار ، فَمُؤنة الإحضارِ عليه ، إنْ ثبتَ أنه للمدَّعي ، وإلا فعلىٰ المدَّعي مُؤنة الإحضارِ والردّ جميعاً .

وحيثُ يبعثُهُ القاضي المكتوبُ إليه إلىٰ بلد الكاتِب إنْ لم يثبُتْ أنه للمدَّعي [١٢٥١ / أ] فعليه رَدُّهُ إلىٰ موضِعهِ[(١)] بمؤناتِهِ ، وتستقرُّ عليه مُؤنةُ الإحضارِ إن تحمَّلها من عنده ، وإنْ ثبت أنه للمدَّعي ، فقياس ما ذكره البغويُّ أنه يرجع بمؤنة الإحضار علىٰ المدَّعَىٰ عليه .

وفي « أمالي السَّرْخَسِيِّ » أن القاضي ينفقُ علىٰ النقل من بيتِ المالِ ، فإن لم يكن في بيت المال شيءٌ ، اقترضَ ، فإنْ ثبتَ المالُ للمدَّعىٰ عليه ، لزمَهُ رَدُّ القرض ؛ لظهور[(٢)] تعدِّيه ، وإلاَّ كلفَ المدَّعي رَدّه ؛ لظهور تَعَنُّتِهِ[(٣)] .

ثم قال العراقيون ، والبغويُّ ، وغيرُهم : إذا نقلَ المدَّعي المالَ إلىٰ بلد القاضي الكاتِبِ ، ولم يثبُتْ كونُه له ، لزمَ المدَّعي مع مؤنة الردّ أُجرة المثل لمدة الحَيلولة ، ولم يتعرَّضوا لذٰلك في مدة تعطُّلِ المنفعة ، إذا[(٤)] أحضرَهُ المدَّعَىٰ عليه ، وهو في البلد ، فاقتضىٰ سكوتُهم المسامحةَ . وقد صرَّحَ بهـٰذا الاقتضاءِ الغزاليُّ ، والفرقُ بين الحالين زيادة الضررِ هناك .

الطرفُ الخامسُ: في المحكومِ عليه ، والأصلُ أَنْ لا يسمعَ القاضي البينةَ ، ولا يحكمَ إلاَّ بحضرة المُدَّعىٰ عليه ، لـٰكن هـٰذا الأصل قد يتركُ لأسبابٍ ، وتفصيلُها أَنْ يقالَ : إذا لم يكنِ الخصمُ في مجلس القاضي ، فإمَّا أَنْ يكونَ في البلد ، وإمَّا لا ؛ فإنْ كان ، نُظِرَ :

إنْ كان ظاهراً يتأتَّىٰ إحضارُهُ ، فهل يجوزُ سماعُ البَـيِّنة عليه ، والحكمُ من غير حضوره ، أم لا ، أم يجوزُ سماعها دون الحكم ؟ فيه أوجُهٌ :

---

(١) في المطبوع : « موضع » ، المثبت موافق لما في (فتح العزيز : ١٢ / ٥٣٣) .

(٢) في المطبوع : « بظهور » ، المثبت موافق لما في (فتح العزيز : ١٢ / ٥٣٣) .

(٣) نصُّ السَّرْخسي في أماليه كما في (النجم الوهَّاج : ١٠ / ٢٥٢) : « أن القاضي ينفق علىٰ النقل من بيت المال ، فإن لم يكن في بيت المال شيء ، اقترض ، فإنْ بانَ المال للمدَّعي ، لزم المدعىٰ عليه رد القرض ؛ لظهور تعدِّيه ، وإلاَّ كلَّفه المدَّعِي ؛ لظهور تعنته » . قال الدميري معلِّقاً علىٰ هـٰذا النص : « ووقع في « الشرح » ، و« الروضة » النقل عنه مقلوباً ، ولم يذكره في المهمات » .

(٤) في المطبوع : « وإذا » .



الصحيح: المنعُ منهما، وأجريَ الخلافُ في الحاضِر في مجلس الحكم، هل يسمعُ البينة عليه، ويحكم بغيرِ سؤالِهِ ومُراجعته ؟ والمنعُ ـ هنا ـ: أظهرُ، وأَوْلىٰ.

وإنْ تعذَّرَ إحضارهُ بتواريه، أو تعزُّزِه[١]، جازَ سَماعُ الدعوىٰ والبينةِ، والحكمُ عليه علىٰ الصحيح، ومنعه القاضي حُسَين؛ فإنْ قلنا بالصحيح، فهل يحلفُ المدَّعي، كما يحلفُ المدّعي علىٰ غائب ؟ وجهانِ، وقطع « صاحب العُدَّة » بأنه لا يحلفُ؛ لأنَّ الخَصْمَ قادِرٌ علىٰ الحضور.

وإنْ لم يكُنْ في البلدِ؛ فإنْ غابَ إلىٰ مسافةٍ بعيدةٍ، جازَ الحكمُ عليه، وإن كانت قريبةً، فهو كالحاضِر.

وفي ضبطِ البعيدةِ وجهان.

أحدهما: [ما][٢] تُقصرُ فيه الصلاةُ، والقريبةُ دونها.

وأصحُّهما: أن القريبة ما يمكنُ المبكرَ الرجوع منها إلىٰ مسكنه ليلاً، فإن زادَت، فبعيدة.

ولو كان للمتمرِّدِ وكيل نصبَهُ بنفسه، فهل يتوقَّفُ التحليفُ علىٰ طلبه ؟ جوابانِ لأبي العبَّاسِ الرُّويانِيِّ؛ لأنَّ الاحتياطَ والحالةُ هـٰذهِ من وظيفة الوكِيل، وكذا لو كان للغائب وكيلٌ.

فَصْلٌ: من أتىٰ القاضي مُسْتَعدِياً علىٰ خصمٍ، ليحضرَهُ، فلخصمه حالتان[٣].

الأولىٰ: أَنْ يكون بالبلدِ، وظاهِراً يمكنُ إحضارُه، فيجبُ إحضارُه، وقال ابْنُ سُرَيْجٍ: يحضرُ ذوي المروءاتِ في داره، لا في مجلسه، والصحيح: أنه لا فرقَ.

ثم الإحضارُ قد يكونُ بختمٍ من طينٍ رَطْبٍ، أو غيره يدفعُه إلىٰ المدَّعي، ليعرضَه علىٰ الخَصْمِ. وليكن مكتوباً عليه: أَجِبِ القاضي فلاناً، وقد يكون بشخصٍ من الأعوانِ المرتَّبين علىٰ باب القاضي، وتكون مؤنَـتُهُ علىٰ الطالب إن لم يكن لهم رِزْقٌ من بيتِ المالِ، وإنْ بَعَثَ الختمَ، فلم يُجبْ، بعثَ إليه العونَ، وإن ثبتَ عند

---

(١) في المطبوع: « بعذره »، غلط. انظر: (النجم الوهّاج: ١٠ / ٢٥٣).

(٢) ما بين حاصرتين من (أ).

(٣) في المطبوع: « حالان ».

القاضي امتناعُهُ [١٢٥١ / ب] بلا عُذر، أو ثبتَ سُوءُ أَدَبِهِ[١]؛ بكسر الخَتْمِ، ونحوه، استعان علىٰ إحضارِه بأعوانِ السلطانِ، فإذا حضرَ عَزَّره بما يراهُ، وتكونُ مؤنة المُحْضِر والحالةُ هـٰذه علىٰ المطلوب؛ لامتناعِه.

وقيل: علىٰ المدَّعي، والصحيحُ: الأولُ؛ فإن اختفىٰ بعثَ مَن ينادي علىٰ باب داره: أنه إنْ لم يَحْضُرْ إلىٰ ثلاثٍ سُمِّرَ باب داره، أو خُتِمَ عليه، فإن لم يحضُرْ بعد الثلاثِ، وسأل المدَّعي التَّسميرَ، أو الخَتْم، أجابه إليه. وينبغي أَنْ يتقرَّر عنده أَنَّ الدارَ دارُهُ، وإذا عرفَ له موضع، قال ابْنُ القَاصِّ: يبعثُ القاضي جماعةً من النسوة والصِّبيانِ، والخِصيان يهجُمون عليه علىٰ هـٰذا الترتيب، ويفتِّشون. ومتىٰ كان للمطلوب عُذرٌ مانع من الحضور، لم يكلَّفْ؛ بل يبعثُ إليه من يحكمُ بينه وبين خصمِهِ، أو يأمره بنَصْبِ وكيلٍ؛ ليخاصِمَ عنه، فإن وجبَ تحليفُهُ، بعث إليه مَنْ يحلِّفه. والعذرُ، كالمرضِ، أو حبسِ ظالمٍ، أو الخوفِ منه، وفي المرأة المخدَّرة خلافٌ، سيأتي إنْ شاءَ ٱللهُ تعالىٰ.

الحالة الثانيةُ: أَن يكون خارجَ البلد، فينظرُ:

إنْ كان خارجاً عن مَحلِّ ولايةِ القاضي لم يكُنْ له [أَنْ][٢] يحضِرَهُ.

وإن كان فيها؛ فإن كان له في ذٰلك الموضِع نائبٌ، لم يحضِرْهُ؛ بل يسمعُ البينةَ، ويكتبُ إليه، هـٰذا هو الصحيح.

وقيل: يلزمُ إحضاره إذا طلب [الخصم][٣].

وقيل: يتخيَّر بين الأمرَين، ذكره السَّرْخَسِيُّ في « الأمالي ».

وإنْ لم يكُنْ هناك، فثلاثةُ أوجُهٍ:

أحدهما، وبه قطعَ العراقيون: يُحضرُهُ، قَرُبَتِ المسافةُ أم بَعُدَتْ، لـٰكن له أَنْ يبعثَ إلىٰ بلد المطلوبِ مَنْ يحكمُ بينه وبين المستعدي.

---

(١) في المطبوع: « سوادية » بدل: « سوء أدَبِهِ » غلط. المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٢ / ٥٣٥).

(٢) ما بين حاصرتين من (أ).

(٣) ما بين حاصرتين من (أ).

والثاني: إنْ كان دون مسافةِ القَصْر، أحضرَه، وإلاَّ، فلا.

والثالث: إنْ كان علىٰ مسافةِ العَدْوىٰ[(١)]، أحضرَه، وإلاَّ، فلا، وهـٰذا أصح عند الإمام[(٢)]. وإذا قلنا: لا يُحْضِرُهُ إذا كان هناك حاكِم، فكذا لا يُحْضِره إذا كان هناك مَنْ يتوسَّطُ ويُصلحُ بينهما؛ بل يكتبُ إليه أَنْ يتوسط ويصلح، فإن تعذَّر فحينئذ يُحضره، وحيث قلنا: يُحضرُ الخارج عن البلد، فذكر الإمامُ، والغزاليُّ، وصاحِبُ « العُدَّة » أنه إنما يحضره إذا أقام المدَّعي بينةً علىٰ ما يدَّعيه، فقد لا يكون له حُجةٌ، فيتضرَّرُ الخصمُ بالإحضارِ، لـٰكن قد لا يكونُ له حُجَّة، ويقصدُ تحليفَه لعلّه ينزجِر، فيقرّ، ولم يتعرَّضِ الجمهور لما ذكروه[(٣)]؛ لـٰكن قالوا: يبحث القاضي عن جهةِ دعواهُ، فقد يريد مطالبته بما لا يعتقده، كذميٍّ أرادَ مطالبة مُسلم بضمانِ خَمْرٍ، بخلافِ الحاضِر في البلد لا يحتاجُ إلىٰ البحث في إحضاره؛ لأنه ليس في الحضور عليه مشقَّة شديدة، ولا مُؤنة.

فَرْعٌ: لو استعدىٰ علىٰ امرأةٍ خارجةٍ عن البلد، هل يُحْضِرُها، وهل يشترطُ أَمْنُ الطريقِ ونسوةٌ ثقات، وهل علىٰ القاضي أن يبعث إليها مَحْرَماً لها؛ لتحضرَ معه ؟ قال أبو العبَّاسِ الرُّوْيَانِيُّ: في كل ذٰلك وجهانِ.

الأصحُّ: أَنْ يبعثَ إليها مَحْرَماً، أو نسوةً ثِقاتٍ.

فَصْلٌ: إذا ثبت علىٰ غائب دَين، وله مالٌ حاضِر، فعلىٰ القاضي توفيتُهُ منه إذا طالبَ المدَّعي، وإذا وَفَّىٰ هل يطالب [١٢٥٢ / أ] المدَّعي بكفيل ؟ وجهان.

أحدُهما: نَعَمْ، فقد يكون للغائِب دافع.

وأصحُّهما: لا؛ لأن الحكم قد تَمَّ، والأصلُ عدَمُ الدافعِ.

فَصْلٌ: ذكرنا أَنَّ القضاءَ علىٰ الغائِب جائز، وذٰلك في غيرِ العقوباتِ، وفي العقوباتِ ثلاثةُ أقوالٍ.

---

(١) **مسافة العدوىٰ**: هي التي يمكن قطعها في اليوم الواحد ذهاباً ورجوعاً، ومعناه أن يتمكن المبكر إليها من الرجوع إلىٰ منزله قبل الليل (تهذيب الأسماء واللغات: ٣ / ٣٦٣)، وانظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٥٣٦)، و(النجم الوهَّاج: ١٠ / ٢٥٨ ـ ٢٥٩).

(٢) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٥٣٦ ـ ٥٣٧).

(٣) في المطبوع: « ذكره ».

المشهور: ثالِثُها إن كانت لآدميٍّ، كقصاصٍ، وَحدِّ قَذفٍ، جازَ، وإنْ كانت حَدّاً لله تعالىٰ، كالزِّنا، والشُّرب، وقطعِ الطريق، فلا، فإن جَوَّزْنا، كتبَ إلىٰ قاضي بلدِ المشهود عليه؛ ليأخذَه بالعقوبة. ثم لا فرقَ بين كتابِ الحُكم، وكتاب النَّقْل عند الجمهور.

وقال الفُوْرانِيُّ: الخلاف في كتابِ النقلِ، فأمَّا كتابُ الحكم فيقبلُ قطعاً في العقوبتين.

فَصْلٌ: إذا سمعَ القاضي بينةً، فعزلَ، ثم وليَ ثانياً، لم يحكُمْ بالسَّماع الأول؛ لبطلانه بالعَزل؛ بل تجبُ الاستعادة.

ولو خرجَ عَنْ محلِّ ولايته، ثم عادَ، فله الحكمُ بالسَّماع الأولِ علىٰ الصحيح؛ لبقاء ولايتِهِ.

ولو سمعَ الشهادة علىٰ غائب، فقدِمَ قبل الحكمِ، لم تجب الاستعادةُ، لـٰكن يخيَّر، ويمكن من الجَرْح، وإنْ قَدِمَ بعد الحكم، فهو علىٰ حُجَّتِه في إقامة البينةِ بالأداء والإبراء، وجَرْحِ الشهود، لـٰكن يشترط أَنْ يؤرِّخَ الجارِحُ فِسقَه بيوم الشهادة؛ لأنه إذا أطلق احتملَ حدوثه بعد الحكمِ. وبلوغ الصبيِّ بعد سَماع البَيِّنة عليه، أو بعد الحكم كقُدوم الغائِبِ.

فَصْلٌ: المرأة المُخَدَّرَةُ هل تكلَّفُ حضورَ مجلس الحكم ؟ وجهان.

أحدُهما: نَعَمْ، قاله[1] القفَّال كغيرها، فعلىٰ هـٰذا: لو حضرَ القاضي دارَها، ليحكمَ بينها وبين خصمِها، أو بعثَ نائباً، كان للخصمِ أَنْ يمتَنعَ من دخول دارها، ويطلبَ إخراجها.

وأصحُّهما: لا، كالمريضِ، وسبيلُ القاضي في حَقِّها كما سبق في المريضِ، فعلىٰ هـٰذا: قال ابْنُ الصَّبَّاغ: إذا حضرَ دارَها نائبُ القاضي، تكلَّمت مِنْ وراءِ السترِ إن اعترفَ الخصمُ أنها خصمُهُ، أو شهدَ اثنانِ من مَحَارمها أنها هي التي ادّعىٰ عليها، وإلا تلفَّفت بمِلْحَفَةٍ[2]، وخرجَتْ من السِّتْر.

---

(١) في (ظ): « قال ».

(٢) مِلْحفة: بكسر الميم: هي المُلاءَةُ التي تلتحف بها المرأة (المصباح: ل ح ف).



ثم مَنْ لا تخرجُ أصلاً إلاَّ لضرورة: فهي مُخَدَّرَةٌ، ومَنْ لا تخرجُ إلاَّ نادراً؛ لعِزَاءٍ، أو زيارةٍ أو حَمَّام، مُخَدَّرَةٌ أيضاً علىٰ الأصحِّ. ويكفي أَنْ لا تصيرَ متبذِّلةً بكثرةِ الخروجِ للحاجات المتكرِّرة، كشراءِ الخُبز، والقُطن، وبيعِ الغَزْلِ، ونحوِها.

ثم إنما يتحتَّمُ حضورُ المخدَّرة علىٰ الوجه الأول للتحليفِ، وأما ما عَداه، فيقنعُ فيه بالتوكيل من المُخَدَّرة، وغيرِها.

فَصْلٌ: القاضي يزوِّج مَنْ لا وليَّ لها، إذا حضرتْ[1] في مَحلِّ ولايته، سواءٌ كانت مستوطنةً مَحَلَّ ولايته، أم غيرَها، ولا يزوِّجُ خارجةً عن مَحلِّ ولايته، وإنْ رضيَتْ. ولا يكفي حضورُ الخاطِب؛ لأن الولاية عليها لا تتعلَّق بذٰلك، بخلاف ما لو حكمَ بحاضرٍ علىٰ غائب؛ لأن المدَّعيَ حاضِر، والحكمُ يتعلَّق به، بخلافِ ما لو كان ليتيمٍ غائبٍ عن مَحلِّ ولايتِهِ مالٌ حاضِرٌ، فإنه يتصرَّف فيه؛ لأن الولايةَ عليه ترتبطُ بماله. ثم تصرُّفُه في مال اليتيمِ الغائب [يكون] بالحفظ والتعهُّد، وإذا أشرف [١٢٥٢ / ب] علىٰ الهلاكِ أتىٰ بما يقتضيه الحَالُ بشرط الغِبْطة اللائقة، وهٰكذا يفعلُ في مال كُلِّ غائبٍ أشرفَ علىٰ الهلاكِ؛ فإنْ كان حيواناً، وخيفَ هلاكُهُ، باعَه، وإن حصلتِ الصيانةُ بالإجارة، اقتصرَ عليها. وهل له أَنْ يتصرَّفَ في مال اليتيمِ الغائبِ للاستنماءِ، وأَنْ ينصبَ قيِّماً لذٰلك[2]، وأن يتصرَّفَ للتجارة، وطلبِ الفائدةِ كتصرُّفه في أموالِ الحاضرينَ ؟ وجهانِ؛ لأن نَصْبَ القيِّمِ يرتبطُ بالمالِ والمالكِ جميعاً، فلو جازَ النصبُ بحضور المالِ، جاز لقاضي بلدِ اليتيمِ بحضورِ المالِك، وحينئذ يتمانَعُ تصرُّفاهما.

قال الغزاليُّ: والأَوْلىٰ أن يلاحظَ مكان اليتيم دون المال.

وله نَصْبُ القَيِّم؛ للحفظِ والصيانةِ بلا خلاف، وللقاضي إقراضُ مالِ الغائبِ لِيُحْصِنَهُ[3] بحفظهِ في الذمة، وذكره صاحب « التلخيص »، وهو موافق لما سبق في « الحَجْرِ » في إقراضِ مالِ الصبيِّ.

---

(١) في المطبوع: « كانت ».
(٢) في المطبوع: « كذٰلك ».
(٣) في المطبوع: « ليحفظه ».

وأمَّا ما لا يتعيَّن له مالِكٌ، وحصل اليأس من معرفته، فَذكر بعضُهم أَنَّ له أَنْ يبيعَهُ، ويصرفَ ثمنَه إلىٰ المصالِح، وأَنَّ له حفظَهُ.

قلتُ: هـٰذا المَحْكِيُّ عن بعضِهم متعيّنٌ، وقد قاله جماعةٌ، ولا نعرفُ خلافَه. **واللهُ أعلمُ.**

فَصْلٌ: في مسائِلَ مَنْثُورةٍ:

كتابُ قاضي البُغاة مقبولٌ علىٰ المشهور، وعن القديم: منعُهُ. [و][1] أطلقَ بعضُهم أنه لا يجوز للقاضي أَنْ يكتبَ كتاباً في غيرِ مَحَلّ ولايته، والذي يستمرُّ علىٰ أَصْلِ الشافعي رَحِمَهُ اللهُ ما ذكره ابْنُ القاصِّ: أنه لا يحكمُ ولا يشهدُ[2] في غير مَحَلِّ ولايته، وأمَّا الكتابُ، فلا بأس [به].

ولو حكم القاضي ببيِّنة أقامها وكيلُ رجلٍ في وجهِ وكيل آخَرَ، فحضرَ المدَّعىٰ عليه، وقال: كنتُ عزلْتُ وكيلي قبلَ قيام البَـيِّنة، لم ينفعْهُ؛ لأن القضاءَ علىٰ الغائِب جائز.

ولو حضر المدَّعي، وقال: كنتُ عزلْتُ وكيلي، وقلنا بانعزالِ الوكيلِ قبلَ بلوغِ الخبر، لم يصحَّ الحكمُ؛ لأن القضاء للغائِبِ باطلٌ.

وإذا أرادَ شهودُ كتابٍ حكميِ التخلفَ في الطريق في موضِعٍ فيه قاضٍ وشُهود، فصاحِب الكتاب إما أَنْ يشهدَ علىٰ كُلِّ واحدٍ منهم شاهدَين يحضران معه ويشهدانِ عند القاضي الذي يَقْصِدُهُ، وإمَّا أَنْ يعرضَ الكتاب علىٰ قاضي البلد الذي يتخلَّفون فيه، ليشهدوا عنده به، فيضمنه، ويكتب به إلىٰ القاضي الذي يقصده.

وإنْ كان التخلُّفُ حيثُ لا قاضيَ[3] ولا شهودَ، قال البغويُّ[4]: ليس لهم ذٰلك؛ بل عليهم الخروجُ إلىٰ موضِعٍ فيه قاضٍ وشهودٌ، فإن طلبوا أجرةَ الخروج إليه،

---

(١) ما بين حاصرتين من (فتح العزيز: ١٢ / ٥٤٠).
(٢) في المطبوع: « ولا يشهر ».
(٣) في المطبوع: « لا قاضٍ ».
(٤) انظر: (التهذيب: ٨ / ٢٠٢).

فليس لهم إِلَّا نفقتهم، وكذا دوابهم، بخلاف ما لو طلبوا أكثرَ مِنْ ذلكَ عند ابتداءِ الخروج من بلدِ القاضي الكاتب، حيثُ لا يكلّفون الخروج، والقناعة به؛ لأنَّ هناك يتمكَّنُ مِنْ إِشهادِ غيرهم، وإذا ألزمَ المكتوبُ إليه الخصمَ بالحقِّ، فطلبَ أَنْ يكتبَ له كتاباً بقبضِهِ، فهل على القاضي إجابتُهُ ؟ وجهان.

قال الإِصْطَخْرِيُّ: نَعَمْ؛ لئلاَّ يطالبَ مَرةً أُخرى.

وقال الجمهور: لا؛ لأن الحاكمَ إِنما يطالبُ بإلزام ما حكمَ به، وثبتَ عنده، ويكفي للاحتياطِ إِشهاد المدَّعي على قبضه الحَقّ.

ولو طالبه بتسليم الكتابِ [١٢٥٣ / أ] الذي ثبتَ الحقّ به، لم يلزمْهُ دفعُهُ إليه. وكذا مَنْ له كَتاب بدَين، واستوفاهُ، أو بعَقار فباعَه، لا يلزمُهُ دفعُهُ إلى المستوفى منه، وإلى المشتري؛ لأنه ملكهُ، ولأنه قد يظهرُ استحقاقٌ فيحتاج إليه. وبالله التوفيقُ.

✍ ✍ ✍



٧٥ ـ كتابُ القِسْمَةِ(١)

قد يتولَّاها الشركاءُ بأنفسِهم، أو منصوبٌ للقاضي، أو لهم، ويشترط في منصوبِ القاضي الحريةُ، والعدالةُ، والتكليفُ، والذكورةُ، والعلمُ بالمِساحةِ والحِسابِ، وهل يشترطُ معرفتُهُ للتقويم ؟ وجهان؛ لأنَّ في أنواعِ القسمة ما يحتاجُ إليه، ولا يشترطُ في منصوبِ الشركاءِ العدالةُ والحريةُ؛ لأنه وكيلٌ لهم، كذا أطلقوه.

وينبغي أَنْ يكون في توكيلِ العبدِ في القِسمة الخلافُ في توكيله في البيع.

ولو حَكَّمَ الشركاءُ رجلاً ليقسمَ بينهم، فهو علىٰ القولَين في التحكيم؛ فإِنْ جَوَّزناه، فهو كمنصوبِ القاضي، فإِنْ كان في سهمِ المصالِح مالٌ يتفرَّع لمؤنة القاسِمين، لزم الإمامَ أَنْ ينصبَ في كل بلد قاسِماً؛ فإِنْ لم تحصُلِ الكفايةُ بواحد، زادَ بحَسب الحاجة، وإلَّا فلا يعين قاسِماً، لئَلَّا يغالي في الأجرة، ولئَلَّا يواطئه بعضهم، فيحيف؛ بل يَدَعُ الناسَ ليستأجروا مَنْ شاؤوا.

وإذا لم يكن في القسمة تقويمٌ، كفىٰ قاسِمٌ علىٰ المذهب، وقيل قولان، ثانيهما: يشترطُ اثنانِ.

وإنْ كان تقويمٌ، اشترطَ اثنانِ، وللإمامِ أن ينصبَ قاسماً؛ لجعله حاكماً في

---

(١) القِسْمة: هي تميزُ بعض الأنصباء من بعضٍ.

والقسَّامُ: الذي يقسم الأشياء بين الناس. قال لبيد [الكامل]:

فاقْنَعْ بما قَسَمَ المَليكُ فإنَّما ... قسمَ المعيشةَ بيننا قَسَّامُها

وهي بكسر القافِ: الاسمُ من قسَمَ يقْسِمُ. انظر: (النجم الوهَّاج: ١٠ / ٢٦٢)، و(مغني المحتاج: ٤ / ٤١٨).

التقويم، ويعتمدُ في التقويم عَدْلَين، وهل للقاضي أن يحكمَ بمعرفته في التقويمِ ؟ قولان، كقضائِهِ بعلمه، وقيل: لا يجوز قطعاً؛ لأنه تخمين مجرَّدٌ.

ولو فوَّضَ الشركاءُ القسمةَ إلىٰ واحد بالتراضي، جازَ قطعاً.

فَرْعٌ: القاسِم المنصوبُ من جهة الإمام، يُدرُّ رزقه من بيتِ المال علىٰ الصحيح، وبه قطع الجمهور.

وقال أبو إسحاقَ: لا يُدرُّ، وهـٰذا ضعيف. وإذا لم يكفِ مؤنتُهُ من بيت المال، فأجرتُهُ علىٰ الشركاءِ، سواءٌ طلبَ جميعُهم القسمةَ، أم بعضُهم.

وقال ابْنُ القَطَّانِ، وغيرُهُ: علىٰ الطالبِ وحدَه، والصحيحُ: الأولُ.

ثم إن استأجرَ الشركاءُ قاسِماً، وسَمَّوا له أجرةً، وأطلقوا، فتلك الأجرةُ توزَّعُ علىٰ قَدْرِ الحِصَصِ علىٰ المذهب، وقيل: قولان: ثانيهما علىٰ عددِ الرؤوس، ويجري الطريقانِ فيما لو استأجروه استئجاراً فاسِداً، فقسمَ، أن أجرةَ المثلِ كيف توزَّع ؟ وفيما لو أمروا قاسِماً فقسمَ، ولم يذكروا أجرةً، وقلنا: تجبُ أجرةُ المثل في مثلِ ذٰلك، وفيما لو أمرَ القاضي قاسِماً فقسم قِسْمَة[1] إجبارٍ.

ولو استأجروا قاسِماً، وسَمَّىٰ كُلُّ واحدٍ أجرةً التزمها، فله علىٰ كل واحدٍ ما التزمَ، هـٰذا إذا أستأجروا جميعاً؛ بأن قالوا: استأجرناكَ؛ لتقسِمَ بيننا كذا: بدينارٍ علىٰ فُلانٍ، وديناريَن علىٰ فلان مثلاً، أو وَكَّلوا وكيلاً عقدَ لهم كذٰلك، فلو استأجروا في عقودٍ مترتّبةٍ، فعقدَ واحد لإفرازِ نصيبهِ، ثم الثاني كذٰلك، ثم الثالثُ، فقد جوَّزه القاضي حُسَين، وأنكره الإمامُ[2]، وقال: هـٰذا بناءً علىٰ أنه يجوزُ استقلال [١٢٥٣ / ب] بعض الشركاء باستئجار القاسِم لإفراز نصيبه، ولا سبيلَ إليه؛ لأن إفرازَ نَصيبهِ لا يمكنُ إلَّا بالتصرُّف في نصيبِ الآخَرين تردُّداً وتقديراً[3]، ولا سبيل إليه إلَّا برضاهم، لكِنْ يجوزُ انفرادُ أَحدهم برضَا الباقين فيكون أصلاً ووكيلاً، ولا حاجةَ إلىٰ عقد الباقين، وحينئذ إنْ فصلَ ما علىٰ كل واحد بالتراضي، فذاك، وإن أطلقَ، عاد الخلافُ في كيفيَّة التوزيعِ.

---

(١) في المطبوع: « قسم ».
(٢) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٥٤٢ ـ ٥٤٤).
(٣) في المطبوع: « وتقريراً ».

فَرْعٌ: إذا كان أَحَدُ الشريكَين طِفلاً، نُظِرَ:

إنْ كان في القِسمة غِبطةٌ [١] له، فعلىٰ الوليِّ طلَبُ القِسْمة، وبذلُ حِصَّته من الأجرة مِنْ مالِ الطفل، وإلاَّ فلا يطلبها، وإنْ طلبَها الشريكُ الآخَرُ، وأُجيب، فإن قلنا: الأجرةُ علىٰ الطالبِ خاصّةً، فذاكَ، وإنْ قلنا: علىٰ الجميع، فوجهان.

أحدهما: علىٰ الطالب؛ لئلاَّ يجحفَ بالصبيِّ بلا غِبطة.

وأصحُّهما: تؤخذُ حِصَّة الصبيِّ مِنْ مالِهِ.

فَصْلٌ: للعَين المشترَكة حالانِ.

الأولىٰ: أَنْ يعظمَ ضَرَرُ قِسْمتها؛ فإنْ طلبها أحدُهما، وامتنعَ الآخَر، لم يجبَرْ، وفي ضبطِ الضرر المانعِ ثلاثةُ أوجُهٍ سبقَت في «باب الشُّفعة»، فلا يكسرُ جوهر نفيسٌ، ولا يقطعُ ثَوب رفيعٌ، ولا يُقسمُ زَوْجا خُفٍّ [٢]، ومِصْراعا بابٍ إنْ طلبَهُ أحدُهما، فلو تراضَوا بقسمة ذٰلك، وطلبوها من القاضي، فإن بَطَلَتِ المنفعةُ بالكلِّية، لم يُجبهم ويمنعهم أن يقتسموا بأنفسهم؛ لأنه سَفَهٌ، وإن نَقَصَتْ، كسيفٍ يُكسرُ، لم يُجبهم علىٰ الأصحِّ، لٰكن لا يمنعُهم أَنْ يقتسموا بأنفسِهم، وما تُبْطِلُ [٣] القِسمةُ منفعتَه المقصودةَ منه، كطاحونةٍ وحمَّامٍ صغيرَين إذا امتنع أحدُهما لا يجبرُ الآخَر علىٰ أصحِّ الأوجُه المشارِ إليها؛ فإن كانا كبيرَين، وأمكنَ جعلُ الطاحونةِ طاحونتَين، والحَمَّامِ حمَّامَين، أجبرَ الممتنعُ، فإنْ كان يحتاجُ إلىٰ إحداثِ بئرٍ، أو مُسْتَوْقدٍ فَوجهان.

أحدهما: لا إجبارَ؛ لتعطُّلِ المنفعة إلىٰ الإحداث.

وأصحهما: يجبرُ؛ لِيُسْرِ التدارُكِ.

وإن تضرَّرَ أحدُهما بالقسمة دون الآخَر كدارٍ بين اثنين، لأحدِهما عُشْرُها، وللآخَرِ باقيها، ولو قُسمَتْ، لم يصلحِ العُشْرُ للسكَنِ، ويصلحُ الباقي؛ فإن طلبَ

---

(١) غبطة: أي مصلحة ونفع.

(٢) زوجا خُفٍّ: يريد به فَرْدتين. يقال: عندي زوجا خُفٍّ، وزوجا نعلٍ، وزوجا حَمَامٍ للذكر والأنثىٰ، وكذٰلك كل فردين لا يصلحُ أحدهما إلاَّ بالآخر، والزوجُ: اسمٌ للفرد منهما (النجم الوهَّاج: ١٠ / ٢٦٦).

(٣) في المطبوع: «يبطل».

القسمةَ صاحبُ العُشْرِ، لم يجبَرِ الآخَر علىٰ الأصحِّ، وإنْ طلبها الآخَرُ، أجبرَ صاحِب العُشْر علىٰ الأصحِّ؛ لأن صاحبَ العُشْر متعنِّتٌ في طلبه، والآخَرُ معذورٌ.

وإن كان نصفُ الدار لواحِدٍ، ونصفُها لخمسةٍ، فطلبَ صاحبُ النصفِ إفرازَ نصيبه، أُجيبَ إليه، والباقون إنِ اختاروا القسمةَ قسمَ، وإنْ كان العُشْرُ لا يصلُح للسكَن؛ لأن في القسمةِ فائدةً لبعضِ الشركاءِ، وإن استمرُّوا علىٰ الشيوع، جازَ، فلو طلبَ أحدُهم القسمةَ بعد ذٰلك، لم يُجْبَرِ الباقون؛ لأن هـٰذه القسمةَ تَضُرُّ الجميعَ.

ولو طلبَ الخمسةُ أوَّلاً إفرازَ النصْفِ؛ ليكون بينهم شائعاً، أُجيبوا إليه، كذا ذكره الرُّوْيَانِيُّ، وغيرُه، وكذا لو كانت بينَ عَشَرةٍ، فطلبَ خمسةٌ القسمةَ؛ ليكون النصفُ بينهم، يُجابونَ.

الحالةُ الثانيةُ: أَنْ لا يَعْظُمَ ضَرَرُ القسمةِ، فقد لا ينقسمُ مِنْ غير رَدّ[1] مِنْ أحدِ الشريكَين، أو الشركاء، وقد ينقسمُ بلا رَدٍّ باعتبارِ الأجزاء، وتُسمَّىٰ قِسمة المتشابهات، أو باعتبارِ القيمة، وتُسَمَّىٰ [١٢٥٤ / أ] قسمة التعديلِ، فهـٰذه ثلاثة أنواعٍ.

الأول: قسمة المتشابهات، وإنما تجري في الحبوب، والدراهمِ، والأدهانِ، وسائر المِثْليّات، وفي الدارِ المتفقةِ الأبنية، والأرضِ المتشابهةِ الأجزاءِ أو ما في معناها، فتعدلُ الأنْصِباء في المَكيلِ بالكَيل، والموزونِ بالوزن.

والأرضُ المتساويةُ تجزأ أجزاءً متساويةً بعدد الأنصباءِ إنْ تساوت؛ بأَنْ كانت لثلاثة أثلاثاً، فتجعلُ ثلاثة أجزاء متساويةً، ثم تؤخذُ ثلاثُ رِقاعٍ متساويةٍ، ويكتبُ علىٰ كُلِّ رُقعة اسم شريكٍ، أو جزء من الأجزاء، ويميز بعضها عن بعضٍ بحَدٍّ، أو جهةٍ، أو غيرِها، وتدرجُ في بَنادقَ متساويةٍ، وزناً وشَكلاً، من طينٍ مُجَفَّفٍ، أو شَمْعٍ، وتجعلُ في حَجْر مَنْ لم يحضرِ الكتابةَ والإدراجَ؛ فإنْ كان صبيّاً، أو أعجميّاً كان أَولىٰ، ثم يؤمر بإخراجِ رُقعة علىٰ الجزء الأول إنْ كتبَ في الرِّقاع أسماء الشُّركاء، فَمَنْ خرجَ اسمُهُ، أخذَه، ثم يؤمرُ بإخراج أخرىٰ علىٰ الجزء الذي يلي الأول، فمَنْ خرَج اسمُهُ أخذه، ويعين الباقي للثالث.

---

(١) الرَّدُّ: ما يردُّ أَحَدُ الشريكين إلىٰ صاحبه إذا لم يتعادل الجزءان، فيردُّ صاحبُ الجزء الكثير علىٰ صاحب القليل، مِنْ ردَّه: إذا رجعه إليه (النظم المستعذب: ٢ / ٣٠٦).

وإنْ كتبَ في الرِّقاعِ أسماء الأجزاء أخرجت رُقعة باسم زَيد، ثم أخرىٰ باسم عَمْرٍو، ويتعيَّنُ الثالثُ للثالث. وتَعيينُ[1] مَنْ يبتدئُ به مِنَ الشركاءِ والأجزاء مَنوطٌ بنظَرِ القاسِم، فيقفُ أولاً علىٰ أيِّ طرفٍ شاء، ويسمِّي أيَّ شريكٍ شاء.

وإن كَانت الأنصباءُ مختلفةً؛ بأن كان لزيدٍ نصفٌ، ولعمْرٍو ثُلثٌ، وللثالثِ سدُسٌ، جزأَ الأرضَ علىٰ أقل السِّهام، وهو السدُسُ، فيجعلها ستة أجزاءٍ. ثم نَصَّ الشافعيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ أنه يثبتُ اسم الشركاء في رِقاع، وتخرجُ الرقاعُ علىٰ الأجزاء.

وقال في العِتْقِ: يكتبُ علىٰ رُقْعتين: رِقّ، وعلىٰ رُقْعتين: حُرِّية، وتخرجُ علىٰ أسماء العبيد، ولم يقل: تكتبُ أسماء العبيد، وفيهما طريقان.

أحدهما: فيهما قولان، ففي قولٍ يثبتُ اسم الشركاء والعبيد، وفي قول يثبتُ الأجزاء هنا، والرقّ والحرية هناك.

والطريق الثاني: وهو المذهب، وبه قطع الجمهورُ: الفرق؛ ففي العِتق يسلكُ ما شاءَ مِنَ الطريقَين، وهنا لا يثبتُ الأجزاء علىٰ الرقاع؛ لأنه لو أثبتَهَا وأخرجَ الرقاعَ علىٰ الأسماء رُبما خرجَ لصاحبِ السدُس الجزء الثاني، أو الخامِسُ، فيفرق مِلْك مَنْ له النصفُ، أو الثلث.

وأيضاً[2] قال في « المهذَّب »: لو فعلنا ذٰلك ربما خرج السهمُ الرابع لصاحب النصفِ، فيقول: آخذُهُ وسهمَين قبلَه، ويقول الآخران: بل خذْهُ وسهمَين بعده، فيفضي إلىٰ النزاع[3].

ثم هل هٰذا الخلافُ في الجوازِ، أم الأولويَّة؟ وجهان.

أرجحُهما: الثاني، وبه قال الإمامُ، والغزاليُّ، وسنوضِّحُ إِنْ شاء ٱللهُ [تعالىٰ] ما يحصلُ به الاحترازُ عن تفريق الملكِ.

وأمَّا ما ذكره في « المهذَّب » فيجوز أَنْ يقال: لا يُبالىٰ بقول الشركاءِ؛ بل يتبع نَظَر القاسِم كما في الجزء المبدوء به، واسم الشريك المبدوء به، فإِنْ أثبت أسماء

---

(١) في المطبوع: « ويعين ».
(٢) في (فتح العزيز: ١٢ / ٥٤٨) « أيضاً » بدون « الواو ».
(٣) انظر: (المهذب: ٥ / ٥٣٨).

الشركاء فقيل: يثبت أسماءهم علىٰ ثلاث رقاع، ويأمرُ بإخراج رُقعة علىٰ الجزء الأول؛ فإنْ خرجَ اسمُ صاحب السدُس أخذَه، وأخرجت رُقعة علىٰ الجزء الثاني، فإنْ خرج اسم عَمْرٍو، أخذه مع الجزء الثالث، وتعيَّنتِ[1] الثلاثةُ الباقية [١٢٥٤ / ب] لزيد.

وإن خرجَ اسمُ زيدٍ، أخذَ الثاني والثالث والرابع، وتعيّنَ الآخرانِ لعَمْرٍو، فإنْ خرج اسمُ زيدٍ أوّلاً، أخذَ الثلاثة الأُولىٰ، ثم يخرجُ رقعة، فإنْ خرجَ اسم عَمْرٍو، أخذَ الرابع، والخامسَ، ويعيّن السادس لصاحبِ السدُس. وإن خرجَ اسمُ صاحبِ السدُس، أخذَ الرابع، وتعيّن الباقيانِ لعمْرٍو، وإن خرجَ اسمُ عمْرٍو أوّلاً، لم يَخْفَ الحكمُ.

وقيل: تثبتُ أسماؤهم في سِتِّ رقاع، اسم زيدٍ في ثلاث، وعَمْرو في ثنتَين، والثالث في رُقعةٍ، ويخرجُ علىٰ ما ذكرنا. وليس في هٰذا إلاَّ أن اسم زيد يكونُ أسرعَ خروجاً، لٰكن سرعة الخروج لا توجبُ حَيفاً؛ لأن السهامَ متساويةٌ، فالوجهُ تجويزُ كُلِّ واحدٍ من الطريقين.

وإنْ أثبتَ الأجزاء في الرِّقاع، فلا بُدَّ من إثباتها في سِتِّ رِقاع، وحينئذ فالتفريقُ المحذورُ لو لزمَ؛ إنما يلزمُ إذا خرج أولاً اسمُ صاحبِ السدُس، وهو مُسْتغنٍ عنه؛ بأَنْ يبدأَ باسم صاحب النصف، فإنْ خرج الأول باسمه، فله الأول والثاني والثالث، وإنْ خرج الثاني فكذٰلك، فيعطىٰ معه ما قبلَه، وما بعدَه، وإن خرج الثالثُ، ففي « شَرْح مُخْتَصَرِ الجُوَيني »[2] أنه يتوقف فيه، ويخرجُ لصاحبِ الثُّلث، فإنْ خرجَ الأولُ أو الثاني، فله الأولُ والثاني، ولصاحب النصفِ الثالثُ والرابعُ والخامسُ. وإنْ خرجَ الخامسُ، فله الخامسُ والسادسُ، ثم أهملَ باقي الاحتمالاتِ.

وكان يجوزُ أَنْ يقالَ: إذا خرجَ لصاحب النصف [الثالث]، فهو له مع اللَّذَين قبله، وإنْ خرجَ الرابع، فهو [له] مع اللّذَين قبله، ويتعيَّن الأولُ لصاحبِ السدُس، وإنْ خرج الخامسُ، فهو له مع اللّذين قبلَه، ويتعيَّن السادِس لصاحب السدُس، وإنْ خرجَ السادِس، فهو له مع اللَّذَين قبله.

---

(١) في المطبوع: « تعينت » بدون « الواو ».

(٢) « شرح مختصر الجويني » للموفق بن طاهر.

وإذا أخذ زيدٌ حقَّه، ولم يتعيَّنْ حقّ الآخرين، أخرجَ رُقعة أخرىٰ باسمِ أحدِهما، فلا يقعُ تفريق، ويمكنُ أَن يبدأَ [بصاحب السدُس، فإن خرجَ باسمِهِ[1] الجزء الأول[2]، دفع إليه الأول، وإنْ خرج[3] السادسُ، دفع إليه السادس، ثم يخرج باسم أحد الآخرين[4] فلا يقع تفريق، وإنْ خرج له الثالث دفع إليه، وتعيَّنَ][5] الأولُ والثاني لصاحبِ الثلُث، والثلاثةُ الأَخيرة لصاحب النصفِ. وإن خرجَ له الرابعُ، دفعَ إليه، وتعيَّنَ الأخيران لصاحبِ الثلُث، والثلاثةُ الأولىٰ لصاحب النصفِ.

ويمكن أَنْ يبدأَ بصاحب الثلُث؛ فإنْ خرجَ له الأولُ أو الثاني، دُفعا إليه، وإن خرج له الخامِس أو السادسُ دُفعا إليه، ثم يخرجُ باسمِ أحدِ الآخرين، وإن خرجَ الثالث، فله الثالث والثاني، ويتعيَّنُ الأولُ لصاحبِ السدُس، والثلاثةُ الأخيرةُ لصاحب النصفِ، وإنْ خرجَ الرابعُ، فله الرابعُ والخامسُ، وتعيَّنَ السادسُ لصاحِبِ السدُس، والثلاثةُ الأول لصاحبِ النصفِ.

فَرْعٌ: كيفيةُ إدراجِ الرِّقاع وإخراجها علىٰ التفصيل المذكور لا يختصُّ بقسمةِ المتشابهاتِ؛ بل هي في قسمةِ التعديلِ إذا عدلت الأجزاء بالقيمة كذٰلك.

فَرْعٌ: كما تجوزُ القسمةُ بالرقاع المدرجَة في البنادِق تجوزُ بالأقلامِ، والعِصيِّ، والحَصَىٰ، ونحوِها.

فَرْعٌ: إذا امتنعَ أحدُ الشركاءِ من نوعِ القسمةِ الذي نحن فيه، وهو قسمةُ المتشابهاتِ، أجبرَ عليها، سواء كانتِ الأنصباءُ متساويةً، أم متفاوتةً. وفي المتفاوتة وجهٌ لابْن أبي هُريرة: أنه لا إجبارَ [١٢٥٥ / أ] والصحيح: الأولُ.

فَصْلٌ: إذا قسمَ قاسِم القاضي بالإجبارِ، ثم ادَّعىٰ أحدُ الشريكَين غَلَطاً، أو حَيفاً، نُظِرَ:

إِنْ لم يبيّنْ ما يزعُمُ به الحَيف أو الغلط، لم يلتفتْ إليه، وإِنْ بيَّنه، لم يمكن

---

(١) في المطبوع، و(فتح العزيز: ١٢ / ٥٤٩): « باسم ».

(٢) في (أ) زيادة: « أو الثاني ».

(٣) في (أ) زيادة: « الخامس و ».

(٤) في المطبوع: « الجزئين ».

(٥) ما بين حاصرتين من (أ)، والمطبوع.

من[1] تحليف القاسِم، كما لا يحلفُ القاضي أنه لم يظلِمْ، والشاهد أنه لم يكذِبْ، لـٰكن إنْ قامت بينَةٌ، سُمعت، ونقضتِ القسمة.

قال الشيخ أبو حامدٍ، وغيرُه: وطريقُهُ أَنْ يحضرَ قاسِمَين حاذِقَين لينظرا، ويمسحا، ويعرفا الحالَ، ويشهدا.

وألحق أبو الفرج[2] بقيام البينة ما إذا عرفَ أنه يستحقُّ ألف ذراع، ومَسَحْنا ما أخذه، فإذا هو سبع مئةِ ذراعٍ.

ولو لم تَقُمْ حجَّة، وأرادَ تحليف الشريك، مكِّنَ منه، فإنْ نَـكَلَ، وحلف المدَّعي، نقضتِ القسْمة.

ولو حلفَ بعضُ الشركاء، ونكَلَ بعضُهم، فحلف المدَّعي؛ لنكولِ بعضِهم، قال في «الوسيط»: تنقضُ القسمةُ في حَقِّ الناكلينَ دون الحالفين، ولا يطالب الشريكُ بإقامة بيِّنة أَنَّ القسمةَ الجاريةَ عادلةٌ؛ لأن الظاهرَ الصوابُ.

وحكىٰ ابْنُ أبي هُريرَة قولاً: أنَّ علىٰ الشريك البينة؛ بأنها عادِلةٌ، ولا بينةَ علىٰ مدَّعي الغَلط.

وقال أبو إسحاقَ: إنْ قال مُدَّعي الغلط: إنَّ القاسِمَ الذي قسمَ لا يحسِنُ القسمةَ والمِساحةَ والحسابَ، فالأصلُ ما يقولهُ، وعلىٰ صاحبه البينَةُ. وإِنْ قال: سَهَا، فعليه البينةُ، والمذهبُ: الأولُ.

ولو اعترفَ القاسِم بالغَلط، أو الحَيف؛ فإنْ صدَّقه الشركاءُ، انتقضتِ القسمةُ، وإلاَّ فلا تنتقضُ، وعليه رَدُّ الأجرة.

قال البغويُّ[3]: وهو كما لو قال القاضي: غلطْتُ في الحُكم، أو تعمَّدتُ الحَيف؛ فإنْ صدَّقه المحكوم له، استردَّ المال، وإلاَّ، فلا، وعلىٰ القاضي الغُرْمُ.

أمَّا إذا جرتِ القسمةُ بالتراضي؛ بأَنْ نصَّبَا قاسِماً، أو اقتسما بأنفسِهما، ثم ادّعىٰ أحدُهما غلطاً؛ فإنْ لم يُعتبر الرّضَا بعد خُروج القُرعة، فالحكمُ كما لو ادَّعىٰ الغلط

(١) كلمة: «مِنْ» ساقطة من المطبوع.
(٢) هو أبو الفرج السَّرْخسِيُّ الزَّازُ.
(٣) انظر: (التهذيب: ٨/ ٢١٥).

في قسمةِ الإجبَار، وإن اعتبرناه وتراضَيا بعد خروج القُرعة، فإن قلنا: القسمةُ إفراز(١)، فالإفرازُ لا يتحقَّقُ مع التفاوتِ، فتنقضُ القسمةُ إنْ قامَتْ به بينةٌ، ويحلفُ الخصمُ إِنْ لم تَقُمْ.

وإنْ قلنا: القسمةُ بَيْعٌ، فوجهانِ.

أحدهما: الجوابُ كذٰلك؛ فإنهما تراضيا؛ لاعتقادِهما أنها قسمةُ عَدْلٍ.

وأصحُّهما: أنه لا فائدَة لهٰذه الدعوىٰ، ولا أَثَرَ للغلط، وإنْ تحقَّقَ، كما لا أثر للغَبْنِ في البيع والشراء، وبهٰذا قطع الجمهورُ، كأنهم اقتصروا علىٰ الجوابِ الأصحِّ.

فَصْلٌ: إذا قسمتِ التركةُ بين الورثة، ثم ظهر دَيْنٌ، فإن قلنا: القسمةُ إفرازٌ، فهي صحيحةٌ، ثم تباعُ الأنصباءُ في الدَّين إنْ لم يُوفوه، وإن قلنا: بيعٌ، فقد سبقَ في «كتاب الرهن» وجهان في صحةِ بيع الوارثِ التركة قبل قضاء الدَّين، وأنه لو تصرَّف، ولا دَيْن في الظاهر، ثم ظَهرَ، فالأصحُّ صحةُ التصرُّف؛ ففي القسمةِ هٰذان الوجهان؛ فإنْ صَحَّحنا البيعَ، فالقسمةُ الجاريةُ صحيحةٌ، فإن وفوا الدَّين، استمرَّت صحتُها، وإلاَّ نُقِضَتْ وبيعتِ التركةُ في الدَّين، وإنْ لم نصحِّحْهُ، فالقسمةُ باطلة.

ولو جرتْ قسمةٌ، ثم استحقَّ بعضُ المقسوم، نُظِرَ:

إنِ استحَقَّ جزء شائع كالثلُث [١٢٥٥ / ب]، بَطَلَتِ(٢) القسمةُ في المستحقِّ، وفي الباقي طريقانِ.

أصحُّهما: قولان: أحدُهما: يَبْطُلُ فيه.

والثاني: يَصِحُّ، ويثبتُ الخِيارُ، وبهٰذا الطريقِ قال الأكثرونَ.

وقال أبو إسحاقَ: يَبْطُلُ فيه قولاً واحِداً؛ لأنَ مقصودَ القِسْمَة تمييزُ الحقوق، وبالاستحقاق يصيرُ المستحقُّ شريكَ كُلِّ واحدٍ، ولأن(٣) المستحقَّ كان شريكاً،

---

(١) الفرز: مصدر فرزت الشيء أفرزه فرزاً: إذا عزلته عن غيره، وميَّزته، والقطعة منه فِرزة، بالكسر، وكذٰلك أفرزته بالهمز (النظم المستعذب: ٢ / ٣٠٦).

(٢) في المطبوع: «فمطلت»، غلط.

(٣) في المطبوع: «لأن» بدون «الواو».

وانفراد[(١)] بعضِ الشركاء بالقسمةِ ممتنعٌ .

وإنِ استحقّ شيء معيّن، نُظِرَ :

إِنْ اختصَّ المستحقُّ بنَصيبِ أحدِهما، أَو كان المستحق مِنْ نصيبِ أحدِهما أكثرَ، بَطَلَت القسمةُ، وإن كان المستحقَّان مِنْ نصيبهما سواء، بَقيتِ القسمةُ في الباقي علىٰ الصحيح .

وقيل : تَبْطُلُ بمعنىٰ[(٢)] التفريق .

ولو ظهرَتْ وصيّةٌ بعد قسمةِ التركةِ، فإِنْ كانت مُرْسَلَةً، فهو كظُهور دَين علىٰ التركةِ، وإنْ كانت بجزء شائع، أو معيَّنٍ، فعلىٰ ما ذكرنا[(٣)] في الاستحقاق .

ثم ظهورُ الدَّين والاستحقاق، ودعوىٰ الغَلَط لا تختصُّ بقسمةِ المتشابهاتِ؛ بل تَعُمُّ أنواعَ القِسمة .

النوعُ الثاني: قسمةُ التعديل، والمشترك الذي تعدلُ سهامه بالقيمة ينقسم إلىٰ ما يعدُّ شيئاً واحداً، وإلىٰ ما يعدُّ شيئين فصاعداً .

أمَّا الأول، فكالأرض تختلفُ أجزاؤُها لاختلافها في قُوَّة الإنباتِ والقُرب من الماء، وفي أَنَّ بعضَها يُسقىٰ بالنهر، وبعضُها بالناضِح فيكون ثلثها لجودتها، كثلثيها بالقيمة مثلاً، فيجعلُ هـٰذا سهماً، وهـٰذا سهماً، إِنْ كانت بينهما نصفَين. وإذا اختلفتِ الأنصباءُ، كنصفٍ، وثلُثٍ وسدُس، جعلَ ستة أسهم بالقيمةِ دون المِساحة .

وإذا طلبَ أحدُهما هـٰذه القسمةَ، فهل يجبرُ الممتنعُ ؟ قولانِ .

أظهرهما عند العراقيين، وغيرهم : نَعَمْ؛ إلحاقاً للتساوي في القيمة، بالتساوي في الأجزاء، وعلىٰ هـٰذا : هل توزَّعُ أجرةُ القاسِم بحسَبِ الشركة في الأصلِ، أم بحسَبِ المأخوذِ منها ؟ وجهانِ .

أصحُّهما: الثاني؛ لأنَّ العملَ في الكثير أكثرُ، وكما يجري القولان فيما إذا اختلفتِ الصفاتُ تجري فيما إذا كان الاختلافُ لاختلافِ الجنس، كالبُستان الواحدِ

(١) في (ظ) : « وإفراد » .

(٢) في (أ) : « لِمعنىٰ » .

(٣) في المطبوع : « ذكرناه » .

بعضُهُ نَخْلٌ، وبعضُه عِنَبٌ، والدار المبنيِّ بعضُها بالآجُرِّ، وبعضُها بالخشَب والطين، ويشبه أن يكونَ الخلافُ مخصوصاً بما إذا لم يمكنْ قسمة الجيد وحدَه، وقسمة الرديء وحدَه، فإنْ أمكنَ لم يُجْبَرْ، كما لو كانا شريكَين في أرضين يُمكن قسمةُ كُلِّ واحدة بالأجزاء، لا يجري الإجبارُ علىٰ التعديلِ.

القسمُ الثاني: ما يُعَدُّ شيئَين فصاعداً، وهو ضربان: عقارٌ، وغيرُهُ، أمَّا العقارُ، فإذا اشتركا في دارَين، أو حانوتَين، متساويتي القيمة، وطلبَ أحدُهما القسمة؛ بأن يجعلَ لهٰذا دار، ولهٰذا دار، أو حانوت وحانوت، لم يُجبر الممتنعُ، سواء تجاورَ الحانوتانِ والدارانِ، أم تباعدا؛ لشدة اختلافِ الأغراضِ، باختلافِ المحالِّ والأبنيةِ.

ولو اشتركا في دَكاكِين صِغار متلاصقِة، لا تَحتملُ آحادُها القِسمةَ، ويقال لها: العَضَايد، فطلب أحدُهما أن يقسم أعياناً، فهل يجبرُ الممتنعُ؟ وجهان.

أحدهما: لا[١] كالمتفرّقة، وكالدور.

وأصحُّهما: نَعَمْ؛ للحاجة، وكالخانِ المشتملِ علىٰ بيوتٍ ومساكِنَ، هٰكذا [١٢٥٦ / أ] صوَّرَ هٰذه المسألةَ الجمهورُ، وهو الصَّوابُ، وصوَّرها صاحب « المهذَّب » فيما إذا احتملَتْ كُلُّ واحدة منهما القسمةَ، وحكىٰ وجهين فيما إذا طلبَ أحدُهما قسمَتَها أعياناً، والآخَرُ قسمةَ كُلِّ واحد منها.

وأَمَّا الأَقْرِحَةُ[٢]؛ فإِنْ كانت متفرقةً، فهي كالدُّور. وإِنْ كانت متجاورةً، ففي « الشامل »: أَنَّ أبا إِسحاقَ جعلها كالقَرَاحِ الواحِدِ المختلفِ الأجزاءِ، وأَنَّ غيره قال: إنما يكون كالقَرَاحِ الواحِدِ إذا اتحدَ الشربُ والطريقُ، فإِنْ تعدَّد، فهو كما لو تفرَّقت، قال: وهٰذا أشبهُ بكلام الشافعيِّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

الضرْبُ الثاني: غيرُ العقار، إذا اشتركا في عَبيدٍ، أو دوابّ، أو أشجارٍ، أو ثيابٍ، ونحوِها، فلها حالان.

أحدهما: أَنْ يكونَ من نوعٍ واحدٍ، ويمكن التسويةُ بين الشريكَين عدداً وقيمةً، كعبدَين مُتَساويي القيمة بين شريكَين، وكثلاث دواب، أو أثواب مُتساوية القيمة بين

---

(١) كلمة: « لا » ساقطة من المطبوع.

(٢) الأَقْرِحة: جمع قَرَاحٍ: الأرضُ التي لا بناء، ولا غراسَ بها.

ثلاثة، فالمذهبُ أنه يجبرُ علىٰ قِسمتها أعياناً؛ لقلةِ اختلافِ الأغراضِ فيها بخلاف الدُّور.

وقال أبو عليٍّ بْنُ خَيْرانَ، وابْنُ أبي هُريرَةَ: هي كالدُّور.

وقيل: يخيَّرُ في العَبيد، وفي غيرها الخلافُ.

وإن لم تمكن التسويةُ في العدد كثلاثة أَعْبُدٍ لرجلين بالسويَّة إلَّا أَنَّ أحدَهم يساوي الآخَرين في القيمةِ؛ فإنْ قلنا بالإجبارِ عند استواء القيمة، فهنا قولانِ، وهما كالقولين في الأرض المختَلِفةِ الأجزاءِ، وإنْ كانت الشّركة لا ترفعُ إلَّا عَنْ بعض الأعيانِ، كعبدَين بين اثنين، قيمةُ أحدِهما مِئةٌ، وقيمةُ الآخَرِ مِئتانِ، فطلبَ أحدُهما القسمةَ ليختصَّ مَنْ خرجَتْ له قرعةُ الخسيسِ بالخسيسِ، ويكون له مع ذٰلك رُبُعُ النفيسِ؛ فإنْ قلنا: لا إجبارَ في الصورة السابقة، فهنا أَوْلىٰ، وإلَّا فوجهانِ، أو قولانِ، الأصحُّ: لا إجبارَ؛ لأن الشَّركةَ لا ترتفع بالكلِّية.

الحالُ الثاني: أن يكونَ الأعيانُ أجناساً، كَعَبدٍ وثَوبٍ، وحِنطةٍ، وشَعيرٍ، ودابة، ونحوِها، أو أنواعاً، كعبدَين: تُركيٍّ، وهِنديٍّ، وثوبَين: إِبْرَيْسَم، وكَتَّانٍ، فطلبَ أحدُهما أَنْ يقسم أجناساً وأنواعاً[1] لم[2] يُجبر الآخر، وإنما يقسم كذٰلك بالتراضي.

ولو اختلطتِ الأنواعُ، وتعذَّرَ التمييزُ، كتمرٍ جيد، ورَديء، فلا قسمةَ إلَّا بالتراضي، هٰذا ما قطعَ به الجمهورُ، وطَرَدَ السَّرْخَسِيُّ الخلافَ في الإجبار عند اختلاف النوع، وزاد الإمامُ، والغزاليُّ فأجرياه عند اختلاف الجنسِ، وليس بشيء، والمذهبُ: الأَولُ.

فَرْعٌ: إذا كان بينهما عَرْصَةٌ[3]، وثُلثها بالمِساحة، نِصْفٌ بالقيمة؛ لقُربه من الماء فهي قسمةُ تعديلٍ، وفيها الخلافُ.

وقال الغزاليُّ: يجبرُ عليها قطعاً، ولا يبالىٰ بهٰذا التفاوت، والمذهبُ: الأول، وهو المعروف عن الأصحاب.

---

(١) في (ظ): «أو أنواعاً».

(٢) في المطبوع: «لا».

(٣) عَرْصَة: هي ساحة فارغة لا بناء فيها بين الدور (النظم المستعذب: ٢ / ٣٠٧).

فَرْعٌ: اللَّبِنَاتُ إِنْ تساوَتْ قَوالِبُها، فقِسْمَتها قسمةُ المتشابهاتِ، فيجبرُ قطعاً، وإِنِ اختلفَتْ قَوَالِبُها، فقسْمَةُ تعديلٍ، وفيها الخلافُ.

فَرْعٌ: دارٌ بين اثنَين، لها عِلْوٌ وسِفْلٌ، طلبَ أحدُهما قِسمتَها عُلْواً وسُفْلاً، أجبر الآخرُ عند الإمكان.

وإنْ طلبَ أحدُهما أَنْ يجعلَ العُلْوَ لواحد، والسُّفْلَ لآخَرَ، لا يجبرُ، هٰكذا أطلقه [١٢٥٦ / ب] الأصحاب.

ويجوز أنْ يقالَ: إنْ لم تمكن القسمة سُفْلاً وعُلْواً، يجعلُ[1] السُّفْلُ لأحدِهما، والعُلْوُ للآخَر مِنْ جُملة قسمةِ التعديل. ولو طلبَ أحدُهما أَنْ يقسمَ السُّفْلَ، ويتركَ العُلْوُ مشاعاً، لم يُجْبَرِ الآخَر؛ لأنهما قد يقتسمانِ العُلْوَ بعدَه، فيقع ما فوق نَصيبِ[2] هٰذا لذاك.

النوعُ الثالثُ: قِسْمَةُ الرَّدِّ، وصورتُها: أَنْ يكون في أَحَدِ جانبي الأرضِ بِئر، أو شَجَر، أو في الدار بيتٌ لا يمكنُ قسمته، فيضبطُ قيمة ما اختصَّ ذٰلك الجانب به، ويقسم الأرض والدار علىٰ أَنْ يَرُدَّ مَنْ يأخذُ ذٰلك الجانبَ تِلْكَ[3] القيمة، وهٰذه لا إجبارَ عليها قطعاً. وكذا لو كان بينهما عبدانِ قيمَةُ أحدِهما مئةٌ، والآخرُ خمسُ مئةٍ، واقتسما علىٰ أَنْ يَرُدَّ آخِذُ النفيس مِئتين؛ ليستويا. وقيل في الإجبار قولٌ مُخرَّجٌ، حكاه السَّرْخَسِيُّ وهو غَلَطٌ.

ولو تراضيا بقسم الردِّ، جاز أن يتفقا علىٰ أن يأخذ أحدهما النفيسَ، ويَرُدَّ، ويجوزُ أن يحكِّما القرعة، ليرُدَّ مَنْ خرجَ له النفيسُ.

فَصْلٌ: قِسمةُ المتشابهاتِ، هل هي بيعٌ، أم إفرازُ حَقٍّ؟ قولانِ، قال البغويُّ وآخرونَ: الأظهرُ كونُها بيعاً، وقال الغزاليُّ: الأظهرُ كونُها إفرازاً، قال صاحب « العُدَّة »: وعليه الفتوىٰ، وهٰذا يوافقُهُ جوابُ الأصحاب في مسائِلَ متفرقة تتفرَّع علىٰ القولين.

---

(١) في المطبوع: « جعل ».
(٢) كلمة: « نصيب » ساقطة من المطبوع، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٢ / ٥٥٦).
(٣) في المطبوع: « بتلك »، وفي أصل (ظ): « بكل ».

قلتُ: أشارَ الرافعيُّ في « المُحَرَّر » إلىٰ اختيار الإفرازِ؛ فإنه قال: فيه قولانِ، ذكر أن الفتوىٰ علىٰ الإفراز. هـٰذا كلامه، فالمختارُ ترجيح الإفرازِ. **وٱلله أعلمُ**.

ثم قيلَ: القولانِ فيما إذا جرَتِ القسمةُ إجباراً؛ فإنْ جرَتْ بالتراضي فبيعٌ قطعاً. وقيل: القولانِ في الحالَين، قال البغويُّ: والأصحُّ الطريقُ الأولُ.

ثم القولُ بأنها بيعٌ لا يمكن إطلاقُهُ في كلِّ ما حصلَ لكلٍّ منهما؛ بل النصفُ الذي صار في يدِهِ، كان نصفُهُ له، ونصفُهُ لصاحبه، فالقسمةُ إفرازٌ فيما كان لصاحبه علىٰ هـٰذا القول.

وأمَّا قسمةُ التعديلِ، فالمذهبُ أنها بيعٌ، وقيل: فيه القولانِ، وقسمةُ الردِّ بيعٌ، كذا قاله الجمهور، وقيل: بيعٌ فيما يقابلُ المردود، وفيما سواه الخلاف في قسمةِ التعديلِ.

فَرْعٌ: إذا قلنا: القسمةُ بيعٌ، فاقتسما رِبَوِيّاً، وجبَ التقابضُ في المجلس، ولم تَجُزْ قسمةُ المكيلِ وزناً، ولا العكس، ولا يجوزُ قسمةُ الرُّطبِ والعِنب، وما أثَّرت فيه النارُ بتعقيدِ الأجزاء.

وإن قلنا: إفرازٌ، جاز كل ذٰلك.

وتجوزُ قسمةُ الجِصِّ، والنَّورة كَيلاً، ووزناً علىٰ القولَين.

ولا تقسمُ الثمارُ علىٰ رؤوسِ الشجر خَرْصاً. إنْ قلنا: القسمةُ بيعٌ، كما لا تباعُ خَرْصاً، وإن قلنا: إفرازٌ، فإن كانت رُطَباً وعِنباً، جازَ، وإن كان غيرهما، فلا؛ لأنَّ الخَرْصَ لا يدخلُ غيرَهما.

وإن كان بينهما أرضٌ مزروعةٌ، فأرادا قسمةَ الأرضِ وحدَها، جازَ، وإنْ طلبها أحدُهما أجبرَ الآخَرُ، ويجيء علىٰ قولنا[1]: القسمةُ بيعٌ، وجهٌ مذكورٌ في « البيع ».

وإنْ أرادا[2] قسمةَ الأرضِ وما فيها، لم يَجُزْ إنِ اشتدَّ الحَبُّ.

أمَّا إنْ جعلناها إفرازاً؛ فلأنه قسمةُ مجهولٍ ومعلومٍ، وأمَّا إنْ جعلناها بيعاً؛

---

(١) في (ظ)، والمطبوع: « قول »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٢ / ٥٥٩).

(٢) في (ظ): « أراد ».

فلأنه بيعُ طعامٍ وأرضٍ، بطعامٍ وأرضٍ، وكذا لو كان بذراً بعدُ، وإنْ كان قَصِيلاً[١]، جازَ؛ لأنه معلومٌ مشاهَدٌ. وإنْ أرادا قسمة [١٢٥٧ / أ] ما فيها وحدَه، فكذا الحكم إن لم يَنْبُتْ، أو اشتدَّ الحَبُّ، لم يَجُزْ، وإنْ كان قَصِيلاً، جاز.

وإنْ طلب أحدُهما قسمةَ الأرض، وما فيها، أو قسمةَ ما فيها وحدَه، وامتنعَ الآخَرُ والحال حال جَوَاز القسمة بالتراضي، قال الشيخ أبو حامد، وصاحبا « المهذَّب »، و« التهذيب »: لا يجبرُ الممتنعُ، ولم يوجِّهوه بمقنع.

فَرْعٌ: اقتسَمَا، ثم تَقَايَلا[٢]، إنْ قلنا: القسمةُ بيع، صحَّتِ الإقالةُ، وعاد الشيوعُ، وإلاَّ فهي لاغية.

فَرْعٌ: قِسمة المِلكِ عن الوقْفِ، إنْ قلنا: بيعٌ لا تجوزُ، وإن قلنا: إفرازٌ، جازت، قال الرُّوْيانِيُّ: وهو الاختيارُ.

قلتُ: هٰذا الذي اختاره الرُّوْيانِيُّ هو المختارُ، وهٰذا إذا لم يكن فيها رَدٌّ، أو كان رَدٌّ مِنْ أصحابِ الوقف، فإنْ كان من صاحبِ المِلْكِ، لم يَجُزْ؛ لأنه يأخذُ بإزائه جُزءاً من الوقفِ، ذكره صاحب « المهذَّب »[٣] وغيرُهُ. **وٱللهُ أعلمُ**.

وأَمَّا قسمةُ الوقْف بين الموقوفِ عليهم، فلا يجوزُ علىٰ القولين؛ لأن فيها تغييرَ شرطِ الواقِف.

وقيل: يجوزُ علىٰ قول الإفراز؛ ليرغبوا في العِمارة، ولا يتواكلوا، وهٰذا الوجه حكاه ابْنُ كَجٍّ، عن ابْنِ القَطَّانِ وحدَه، وخَصَّصه بقولنا: الملكُ في الموقوفِ للموقوفِ عليه، قال: فلو انقرضَ البطنُ الأولُ، وصار الوقفُ للبطنِ الثاني، انتقضت القسمةُ.

فَصْلٌ[٤]: قِسمةُ الإجبار لا يعتبرُ فيها التراضي عند إخراجِ القُرعة، ولا بعدها.

وإذا تراضيا بقاسمٍ يقسِمُ بينهما، فهل يشترطُ الرِّضَا بعد خروجِ القُرعة، أم يكفي الرِّضا الأول ؟ قولان.

---

(١) القَصِيل: ما اقتطع من الزرع أخضر لعلفِ الدواب (المعجم الوسيط: ٢ / ٧٦٩). وفي « المصباح »: « القصيل: هو الشعير يُجَزُّ أخضر لعلفِ الدواب ».

(٢) في المطبوع: « تقابلا »، تصحيف.

(٣) انظر: (المهذب: ٥ / ٥٣٠).

(٤) في أصل (ظ): « فرع ».

أظهرُهما: الاشتراطُ، وإليه مال المعتَبَرون، وذكروا أنه المنصوصُ، وفي قسمةِ الردِّ يشترطُ الرِّضا بعد خروج القُرعة، كما في الابتداء.

وعن الإِصْطَخْرِيِّ وجه: أنه يلزمُ بخروج القُرعة، والصحيحُ: الأولُ.

وإذا اشترطنا الرِّضا بعدَ خروجها، فصيغتُهُ أَنْ يقولا: رَضِينا بهٰذه القِسمة، أو بما أخرجَتِ القرعةُ، أو بما جرىٰ، ولا يشترطُ لفظُ البيع، وإنْ قلنا: القسمةُ بيعٌ، وقيل: إن قلنا بيعٌ، اشترطَ لفظُ البيع، أو التمليك، وقيل: لا يكفي قولُهما رَضِينا بهٰذا، أو بما جرىٰ؛ بل يشترطُ تلفظُّهما بالقسمة؛ بأَنْ يقولا: تقاسَمْنا أو رَضِينا بهٰذه القِسمة؛ ليؤديَّ معنىٰ التمليكِ والتملُّك، والمذهبُ: الأولُ.

وحيثُ وجبَ الرِّضا، فلا بُدَّ منه في الابتداء، وإنما الخلافُ في الرِّضَا بعد خُروج القُرعةِ.

فَصْلٌ: تُقسم المنافع كما تقسمُ الأعيانُ، وطريقُ قسمتها المُهَايَأةُ[1]؛ مُياومَةً، أو مُشَاهرة، أو مُسَانَهةً، فإن كانت العينُ قابلَةً للقسمة، فلا إجبارَ علىٰ المُهَايأة بحالٍ، وكذا لو طلبَ أحدُهما أَنْ يزرعَ هٰذا بعضَ الأرض، وذاك بعضَها، أو يسكنَ هٰذا بعضَ الدار، وذاك بعضَها من غير أَنْ يقسمَ الأرض، وامتنعَ الآخَرُ، فلا إجبارَ.

فإن لم تكنِ العينُ قابلةً للقسمة، كالقناةِ، والعَبْدِ، والبهيمة، والحمَّام، فإنِ اتفقا فيها علىٰ المُهَايأة، فذاكَ. ثم قد يتفقان علىٰ مَنْ يبدأ، وقد[2] يتنازعان، فيقرعُ، وإنْ طلبها أحدُهما، وامتنعَ الآخَرُ، فوجهانِ.

أحدهما، قاله ابنُ سُرَيْجٍ: يُجبرُ الممتنعُ، كما في قِسْمة الأعيانِ، ولئَلاَّ يعطلَ علىٰ شريكه مُضَارَّةً [١٢٥٧ / ب]، فعلىٰ هٰذا: يبدأُ بالقُرعة.

وأصحُّهما: لا يُجبرُ.

ولو رضَيا بالمُهَايأة، ثم رجعَ المبتدئ بالانتفاع قبل استيفاء نَوْبته، مكِّنَ، فإنْ مضَتْ مدة لمثلها أجرةٌ، غرمَ نصفَ أجرة المثْلِ، وإنْ رجعَ بعد استيفاء نَوْبته، فإنْ

---

(١) المهايأة: قسمةُ المنافع المشتركة. وأصل المهايأة: الإصلاح، وهيأتُ الشيء: أصلحته. انظر: (النظم المستعذب: ٢ / ٣٠٨).

(٢) في المطبوع: «وقيل: قد» بدل: «وقد».

قلنا: لا إجبارَ علىٰ المُهَايأة مكّنَ، وغرمَ نصفَ الأجرة، وإن قلنا بالإجبار لم يمكَّنْ؛ بل يستوفي الأجر[١] مدَّته. وإنِ استوفىٰ الأولُ نوبته، وامتنعَ الآخَرُ مِنْ أَنْ ينتفعَ، ويستوفي نَوْبته، فإن قلنا بالإجبار، فهو مضيِّعٌ حَقَّ نفسِه، ولا أجرةَ له، وإن قلنا: لا إجبارَ، فله ذلكَ، وله نصفُ الأُجرة علىٰ الأول. وكذا لو انهدمتِ الدارُ، أو ماتَ العبدُ بعد نوبةِ الأولِ، فعليه نصفُ أُجرة المثل. وإنْ قلنا: لا إجبارَ، وأَصَرَّا علىٰ النزاع في المُهَايأة، فهل يبيعُ القاضي العينَ عليهما؛ قَطعاً للنزاع ؟ وجهان.

أصحُّهما: لا، وعلىٰ هـٰذا: هل يتركانِ حتَّىٰ يصطلحا، ولا يؤجرُ عليهما، أم يؤجرُ وتوزَّعُ الأجرةُ بينهما ؟ وجهانِ.

أصحُّهما: الثاني، وهو الذي ذكره ابْنُ كَجٍّ والبَغَوِيُّ.

ولو استأجرَ اثنانِ أرضاً، وطلبَ أحدُهما المُهايأةَ، وامتنع الآخَرُ فينبغي أَنْ يعودَ الخلافُ في الإجبارِ، وإنْ أراد قسمتَها ففي « فتاوىٰ القاضي حُسَين » أنها جائزة علىٰ قولِ ابْنُ سُرَيْجٍ.

ثم إذا اقتسما، وحدَث بنصيبِ أحدِهما عَيْبٌ، فله الفَسْخُ.

قال القاضي: وينبغي أَنْ يقالَ: لشريكِهِ الفسخُ أيضاً.

ولو طلبَ أحدُهما هـٰذه القسمةَ، وامتنعَ الآخَرُ. حَكىٰ[٢] في إجباره وَجْهَين[٣].

فَرْعٌ: إذا جرتِ المُهايأةُ في عبدٍ مشتَرك بين مالكين، أو فيمَنْ بعضُه حُرٌّ بينه وبين مالِكِ باقيه؛ فالأكسابُ العامَّةُ، والمؤنُ العامَّةُ، كالنفقةِ تدخلُ في المُهَايأة، وفي الأكسابِ النادرةِ[٤]، كما يقبلُهُ بهبةٍ، أو وصيَّة، وفي المؤَنِ النادرة، كأُجرة الطبيبِ، والحَجَّام خلافٌ سبقَ في « كتاب اللُّقَطة » ومواضع، والأظهرُ: دخولُها أيضاً. وينبغي أَنْ ينظر في الكُسوة إلىٰ قَدْرِ النَّوْبة حتَّىٰ تبقىٰ علىٰ الاشتراكِ إِنْ جرتِ المُهايأةُ مُيَاومةً.

---

(١) في المطبوع: « الأجرة ».
(٢) في المطبوع: « حكي »، المثبت هو الوجهُ. انظر: (فتح العزيز: ١٢ / ٥٦١).
(٣) في المطبوع: « وجهان »، المثبت هو الوجه. انظر: (فتح العزيز: ١٢ / ٥٦١).
(٤) **الأَكساب النادرة:** هي التي تشذُّ ويعدم وجودها في كل حين (النظم المستعذب: ٢ / ٣٠٨).

فَرْعٌ: لا تجوزُ المُهَايأة في الحَيوان اللَّبُون، ليحلُبَ هٰذا يوماً، وهٰذا يوماً، ولا في الشجرةِ المثمرةِ، ليكونَ ثمرُها لهٰذا عاماً، ولهٰذا عاماً؛ لما فيه من التفاوُت الظاهِر.

قلتُ[1]: طريقهما[2] والحالة هٰذه: أَنْ يُبيحَ كُلُّ واحدٍ نصيبَه لصاحبه [مدةً] **وٱللهُ أعلمُ**.

فَصْلٌ: جماعةٌ في أيديهم دارٌ، أو أرضٌ، طلبوا من القاضي قِسمتَها بينهم، فإنْ أقاموا بينةً أنها مِلْكهم، أجابهم إلىٰ القِسمة، وإنْ لم يُقيموها، فطريقان.

أصحُّهما: قولانِ: أحدُهما: لا يُجيبهم، فربَّما كانت في أيديهم بإجارةٍ أو إعارة، فإذا قسمها رُبَّما ادَّعَوا مِلْكها محتجِّين بقسمة القاضي.

والثاني: يُجيبهم؛ لأن اليدَ تدلُّ علىٰ المِلك، لٰكن يكتبُ أنه إنما قسمَ بينهم بدعواهم؛ لئلاَّ يتمسَّكوا بقسمته.

وحكىٰ السَّرْخَسِيُّ وجهاً: أنه لا يحتاج إلىٰ هٰذا التقييد[3].

والطريق الثاني: القطعُ بالقولِ الأولِ، وبه قال ابْنُ سَلَمَةَ، وإذا قلنا بالقولين، فأظهرُهما عند الإمام، وابْنِ الصبَّاغ، والغزالي: الثاني، وعند الشيخ أبي حامدٍ وطبقتِهِ: الأول، ويدلُّ عليه [١٢٥٨ / أ] أنَّ الشافعيَّ رَحِمَهُ ٱللهُ لمَّا ذكرَ القول الثاني، قال: ولا يعجبني هٰذا القولُ.

قلتُ: المذهب: أنه لا يُجيبهم. **وٱللهُ أعلمُ**.

هٰذا في العَقار، وأَمَّا المنقولُ، فالمذهبُ أنه كالعَقَار أيضاً، وقيل: يقسمُ قطعاً بلا بيِّنةٍ؛ لأنَّ العقارَ يتأبَّدُ ضررُهُ، فيخصُّ بالاحتياط، ولهٰذا تثبُتُ فيه الشُّفعةُ.

ولو طلبَ بعضُهم القسمةَ، وامتنعَ الآخرونَ، واتفقوا جميعاً علىٰ المِلك، فهل يقسمُ القاضي ؟ فيه هٰذا الخلافُ.

وإذا شرطْنا البَيِّنةَ، قُبلَ رجلٌ وامرأتانِ، قال ابْنُ كَجٍّ: ولا يُقبلُ شاهدٌ ويمين؛

---

(١) كلمة: « قلتُ » ساقطة من (م).

(٢) في المطبوع: « طريقها ».

(٣) في (ظ): « القيد ».

لأن اليمينَ إنما تشرعُ حيثُ يكون خصمٌ تردُّ عليه لو حَصَلَ نُكولٌ:

وقال ابْنُ أبي هُريرة: تقبلُ.

فَصْلٌ: في مسائِلَ منثورةٍ: إذا كانت القسمةُ بالإجبارِ، والقاسِم علىٰ ولايته، فقولُه: « قسمتُ » مقبول، كقولِ الحاكم: « حكمتُ » وهو في ولايته، وإن لم يكن كذٰلك، لم يقبَلْ قولُه، وهل تسمعُ شهادتُهُ لأحدِ الشريكَين ؟ وجهانِ.

الأصحُّ: المنعُ.

والثاني، وهو قولُ الإِصْطَخْرِيِّ: تسمعُ إنْ لم يطلب أجرةً.

وإذا تقاسَما، ثم تنازَعَا في بيتٍ، أو قطعةٍ من الأرض، فقال كُلُّ واحِدٍ: هٰذا من نصيبي، ولا بيِّنةَ، تَحَالفا، ونقضت القِسْمة، قال الشيخ أبو حامدٍ: فإن اختصَّ أحدُهما باليد فيما تنازعا [فيه]، فهو المصدَّق بيمينه، وإذا اطلعَ أحدُهما علىٰ عَيب بنصيبه، فله فسخُ القِسْمة.

فَرْعٌ: الديونُ المشتَركةُ في ذِمم الناس، أطلقَ مُطلقون، منهم صاحب « العُدَّة »: أنه يمتنعُ قسمتُها، وقال السَّرْخَسِيُّ: إنْ أذنَ أحدُ الشريكين للآخر في قبض ما علىٰ زيدٍ علىٰ أن يختصَّ به، فهل يختصُّ إذا قَبَضَ ؟ قولانِ.

أظهرهما: المنعُ.

وإِنْ تراضَيا علىٰ أَنْ يكونَ ما في ذِمة زيدٍ لهٰذا، وما في ذمةِ عَمْرٍو لهٰذا، فطريقانِ.

أحدهما: علىٰ هذَين القولَين.

والثاني، وهو المذهبُ: القطعُ بالمنع؛ لأن القسمةَ إنْ جُعِلَتْ بيعاً، فهٰذا بيعُ دينٍ في ذمةٍ بدَين في ذِمةٍ أُخرىٰ، وإِنْ جُعِلَتْ إفرازاً، فإفرازُ ما في الذمة ممتنعٌ؛ لعدم قبضِهِ، ولا يدخلُ الإجبارُ في قسمةِ الديونِ بحالٍ، والقولُ في قسمة الجِدار وعَرْصَتِهِ[١] ما سبقَ في « كتاب الصلح ». وبٱللهِ التوفيقُ.

✍ ✍ ✍

---

(١) في المطبوع: « وعرضه ».



٧٦ ـ كِتَابُ الشَّهَادَاتِ[١]

فيه ستةُ أَبوابٍ:

الأولُ: فيما يفيدُ أهليَّةَ الشهادة، ولها شروط.

منها: التكليفُ، والحريةُ، والإسلامُ، فلا تقبلُ شهادةُ صبيٍّ، ولا مجنونٍ، ولا مَنْ فيه رِقٌّ، ولا كافر[٢] ما، سواء شهدَ علىٰ مسلمٍ، أو كافر.

الشرط الرابعُ: العدالةُ؛ فالمعاصي: صغائِرُ وكبائِرُ، وقال الأستاذُ أبو إسحاقَ: ليس فيها صغيرة، والصحيحُ: الأولُ.

وفي حَدِّ الكبيرةِ أوجُهٌ:

أحدها: أنها المعصيةُ الموجبَةُ لحَدٍّ.

---

(١) الشهادات: هي جمع شهادة، وهي: الإخبارُ بما شوهد وعلم بلفظ خاصٍّ مأخوذ من الشهود، وهو الحضور.

وقال الجوهري: الشهادة خبر قاطع، والشاهد: حامل الشهادة ومؤديها؛ لأنه مشاهد لما غاب عن غيره.

وقيل: مأخوذة من الإعلام، قال الله تعالىٰ: ﴿ شَهِدَ ٱللَّهُ أَنَّهُۥ لَآ إِلَٰهَ إِلَّا هُوَ ﴾ [آل عمران: ١٨] أي: أعلَمَ وبيَّن.

والأصل فيها: قوله تعالىٰ: ﴿ وَلَا تَكْتُمُواْ ٱلشَّهَٰدَةَ ﴾ [البقرة: ٢٨٣]، وقوله تعالىٰ: ﴿ وَٱسْتَشْهِدُواْ شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ ﴾ [البقرة: ٢٨٢]، وقوله تعالىٰ: ﴿ وَأَشْهِدُوٓاْ إِذَا تَبَايَعْتُمْ ﴾ [البقرة: ٢٨٢]، وهـٰذا أمر إرشاد. انظر: (مغني المحتاج: ٤ / ٤٢٦)، و(النجم الوهَّاج: ٤ / ٢٨٣)، و(المعتمد: ٥ / ٥٠٣).

(٢) بهامش (ظ): « كُفر ».

والثاني: أنها ما لحقَ صاحبَها وعيدٌ شديدٌ بنصِّ كتابٍ، أو سُنةٍ، وهٰذا أكثرُ ما يوجَدُ لهم، وهم إلىٰ ترجيح الأولِ أَمْيَلُ، لٰكن الثاني أوفق؛ لما ذكروه عند تفصيل الكبائرِ.

والثالث: [١٢٥٨ / ب] [ما] قاله الإمامُ في « الإرشاد » وغيرُهُ: كُلُّ جريمةٍ تؤذِنُ بقلَّةِ اكتراثِ مرتكِبها بالدِّين، ورقَّةِ الديانة، فهي مُبطلةٌ للعدالة.

والرابع: قال أبو سَعْدٍ الهَرَوِيُّ: الكبيرةُ: كُلُّ فعلٍ نَصَّ الكتابُ علىٰ تحريمه، أو وجبَ في جنسه حَدٌّ مِنْ قتلٍ، أو غيرِهِ، وتركُ فريضة تجبُ علىٰ الفورِ، والكَذِب في الشهادةِ والروايةِ واليمينِ، هٰذا ما ذكروه علىٰ سبيل الضبطِ. وفصَّله جماعةٌ، فعدُّوا من الكبائر: القَتل، والزّنىٰ، واللِّواط، وشُرب قليلِ الخَمرِ، والسرقة، والقَذْف، وشهادة الزور، وغَصْب المال. وشرطَ الهَرويُّ في المغصوب كونهُ نِصاباً، والفرار من الزَّحف، وأكل الرِّبا، ومال اليتيم، وعُقوق الوالدين، والكذب علىٰ رسول ٱلله ﷺ عَمْداً، وكتمان الشهادة بلا عذر. وأضافَ إليها صاحبُ « العدَّة »: الإفطارَ في رمضان بلا عُذر، واليمينَ الفاجِرة، وقطعَ الرحِم، والخيانةَ في كَيلٍ، أو وَزْنٍ، وتقديمَ الصلاةِ علىٰ وقتها، أو تأخيرَها عنه بلا عذر، وضَرْبَ مسلم بلا حَقٍّ، وسَبَّ الصحابة رضي ٱللهُ عنهم، وأخذَ الرّشوة، والدّياثةَ، والقِيادةَ من الرجلِ والمرأة، والسعايةَ عند السلطان، ومنعَ الزكاة، وتركَ الأمر بالمعروفِ والنهي عن المنكر مع القُدرة، ونسيانَ القرآنِ، وإحراقَ الحيوان، وامتناعَها من زوجها بلا سبب، واليأسَ من رحمةِ ٱللهِ، والأمنَ من مكرِ ٱلله تعالىٰ، ويقال: الوقيعة في أهل العلم وحَمَلة القرآن.

ومما عدَّ من الكبائر: الظِّهار، وأكل لحم الخِنزير، والميتة بلا عُذر، وللتوقُّف مجالٌ في بعض هٰذه الخصالِ؛ كقطعِ الرحِمِ، وتركِ الأمرِ بالمعروف علىٰ إطلاقهما، ونسيانِ القرآنِ، وإحراقِ مطلق الحيوان. وقد أشار الغزالي في « الإحياء » إلىٰ مثلِ هٰذا التوقُّف.

وفي « التهذيب » وجه: أن تركَ صلاةٍ واحدةٍ ليس كبيرةً، ولا تردُّ به شهادة [حتىٰ يعتاده].

قلتُ: قد روىٰ أبو داودَ، والترمِذيُّ: أَنَّ رسولَ ٱللهِ ﷺ قال: « **عُرِضَتْ عَليَّ**

ذنوبُ أمتي، فلم أرَ ذَنْباً أعظمَ مِنْ سُورةٍ من القرآنِ، أو آيةٍ، أُقرئها رجلٌ، ثم نَسِيَها»[١] لكن في إسنادِه ضعفٌ، وتكلَّم فيه الترمذيُّ.

ومن الكبائرِ: السِّحْرُ؛ ثبتَ في « صحيح مسلم » أَنَّ رسولَ ٱلله ﷺ جَعَلَهُ مِن السَّبْعِ المُوبِقات[٢].

ونقل المَحَامِليُّ في كتابِ الحيضِ من « مجموعه » أنَّ الشافعيَّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ، قال: الوطءُ في الحَيضِ كبيرةٌ. وفي « صحيح البخاريِّ »[٣] أَنَّ النبيَّ ﷺ جعل النميمةَ كبيرةً[٤]. **وٱللهُ أعلمُ.**

قال صاحبُ « العُدَّة »: ومِنَ الصَّغائر[٥]: النظرُ إلىٰ ما لا يجوزُ، والغِيبةُ، والكذِبُ الذي لا حَدَّ فيه، ولا ضَرَرَ، والإشرافُ علىٰ بيوت الناسِ، وهِجرةُ المسلم فوقَ ثلاثٍ، وكثرةُ الخصومات وإن كان مُحِقّاً، والسكوتُ علىٰ الغِيبة، والنياحةُ، والصِّيَاحُ، وشَقُّ الجَيْبِ في المصيبة، والتبخترُ في المشي، والجلوسُ مع الفُسَّاق؛ إيناساً لهم، والصلاةُ المنهيُّ عنها في أوقات النهي، والبيعُ والشراء [١٢٥٩ / أ] في المسجد، وإدخالُ الصبيانِ، والمجانينِ والنجاساتِ إليه، وإمامةُ قومٍ يكرهونه؛ لعَيبٍ فيه، والعبثُ في الصَّلاة، والضحكُ [فيها]، وتَخَطِّي رقابِ الناسِ يومَ

---

(١) أخرجه ـ من حديث أنس بن مالك ـ : (أبو داود: ٣٦١)، و(الترمذي: ٢٩١٦)، و(أبو يعلىٰ: ٤٢٦٥)، والبغوي في (شرح السنة: ٤٧٩)، والبيهقي في (السنن الكبرىٰ: ٢ / ٤٤٠)، وصححه ابن خزيمة (١٢٩٧)، واستغربه البخاري، والترمذي، وقال الحافظ في (الفتح: ٩ / ٨٦): « في إسناده ضعفٌ، وقد أخرج ابن أبي داودَ من وجهٍ آخَرَ مرسلٍ نحوه، ولفظه: أعظم من حامل القرآن وتاركه. ومن طريق أبي العالية موقوفاً: كنا نَعُدُّ من أعظم الذنوبِ أن يتعلَّم الرجلُ القرآنَ، ثم ينام عنه حتىٰ ينساه، وإسناده جيد. ومن طريق ابن سيرينَ بإسناد صحيح في الذي ينسىٰ القرآن: كانوا يكرهونه، ويقولون فيه قولاً شديداً ».

(٢) أخرجه (مسلم: ٨٩) من حديث أبي هريرة. قلت: وأخرجه أيضاً (البخاري: ٢٧٦٦). (السبع الموبقات): أي: الذنوب المهلكات. (نهاية ابن الأثير: وبق).

(٣) برقم (٢١٦) وأطرافه من حديث ابن عباس. قلت: وأخرجه أيضاً (مسلم برقم: ٢٩٢).

(٤) للإمام الذهبي كتاب: « الكبائر وتبيين المحارم » أكرمني الله بتحقيقه، وصدر عن دار المنار بدمشق. جمع فيه الذهبيُّ (٧٦) كبيرةً، وذكر في آخره فَصْلاً جامعاً لما يحتملُ أنه من الكبائر. وقد شرحه شرحاً وافياً أستاذنا العلاَّمة عليٌّ الشربجي أبو خالد بكتاب سماه: « الزواجر في التحذير من الكبائر » صدر عن دار القلم بدمشق.

(٥) في (ظ): « الكبائر ».

الجُمُعة، والكلامُ والإمامُ يخطُبُ، والتغوُّطُ مستقبلَ القبلة، وفي طريقِ المسلمينَ، وكشفُ العَورة في الحمَّام، ولكَ أَنْ تقولَ: وكثرةُ خصوماتِ المحِقِّ ينبغي أَن لا تكون معصيةً، إذا راعىٰ حَدَّ الشرعِ، وتخطِّي الرقاب؛ فإنه معدودٌ من المكروهات لا محرَّمٌ، وكذا الكلامُ والإمَامُ يخطبُ علىٰ الأظهرِ.

قلتُ: المختارُ أَنَّ تخطِّي الرِّقابِ حرامٌ؛ للأحاديثِ فيه[1].

والصوابُ في الخصوماتِ ما قاله الرافعيُّ، وأَنَّ البَيع والشراءَ في المسجدِ، وإدخالَه الصبيانَ إذا لم يَغْلبْ تنجيسُهم إيَّاهُ، والعبثَ في الصلاة من المكروهات مشهورٌ في كتب الأَصحاب.

وفي كونِ الصلاةِ في وقتِ النَّهي مكروهةً أو محرمةً خلافٌ سبقَ.

ومن الصغائرِ: القُبْلةُ للصائِم الذي تحرّكُ شَهْوَتَهُ[2]، والوِصالُ في الصوم علىٰ الأصح، والاستمناءُ، وكذا مباشرة الأجنبيَّة بغيرِ جماعٍ، ووطءُ الزوجةِ المظاهَر منها قبل التكفيرِ، والرجعيَّة، والخلوةُ بالأجنبية، ومسافرةُ المرأةِ بغير زوجٍ، ولا مَحْرَمٍ، ولا نِسوةٍ ثِقاتٍ، والنَّجْشُ[3]، والاحتكارُ، والبيعُ علىٰ بيع أخيه، وكذا السَّومُ، والخِطْبَةُ، وبيعُ الحاضِرِ للبادي، وتلقِّي الركبان، والتَّصْرِيَةُ[4]، وبيعُ المعيبِ مِنْ غير بيانه، واتخاذُ الكَلْبِ الذي لا يَحِلُّ اقتناؤُه، وإمساكُ الخمر غَيرِ المحترمَة، وبيعُ العبدِ المسلم لكافِرٍ، وكذا المصحفُ، وسائر كُتب العلم، واستعمالُ النجاسة في البدَن بغير حاجة، وكشفُ العورة في الخَلوة لغير حاجةٍ علىٰ الأصحِّ، وأشباهُ هـٰذه. **وٱلله أعلمُ**.

إذا تقرّر هـٰذا فقال الأصحابُ: يشترطُ في العَدالة اجتنابُ الكبائر، فمن ارتكبَ كبيرةً واحدةً، فسقَ، ورُدَّتْ شهادتُهُ.

---

(١) انظرها في (جامع الأصول: ٥ / ٦٩١ ـ ٦٩٢).

(٢) في المطبوع: « يحرك لشهوة » بدل: « تحرّك شهوته ».

(٣) النَّجْشُ: بفتح النون وإسكان الجيم، وحقيقة النَّجْشِ المنهي عنه في البيع: أَن يحضر الرجلُ السوقَ، فيرىٰ سلعةً تباع فيمن يزيد، فيزيد في ثمنها، وهو لا يرغب في ابتياعها ليقتدي به الراغبُ، فيزيد لزيادته؛ ظنّاً منه بأَنَّ تلك الزيادة لرخص السلعة اغتراراً به، وهـٰذه خديعة محرمة (تهذيب الأسماء واللغات: ٣ / ٦٣٠).

(٤) التصرية: المُصَرَّاةُ: الناقةُ، أو البقرةُ، أو الشاةُ التي قد صُرِّي اللبنُ في ضَرْعها، يعني: حُقِن فيه أياماً فلم يحلب، وأصل التصرية: حبسُ الماء (تهذيب الأسماء واللغات: ٣ / ٣٠٨).

وأمَّا الصغائِرُ، فلا يشترطُ اجتنابُها بالكلِّية، لـٰكن يشترطُ أَنْ لا يُصِرَّ عليها، فإِنْ أَصَرَّ كان الإصرارُ كارتكابِ كبيرةٍ، وهل الإصرارُ السالِبُ للعدالةِ المداومةُ علىٰ نوعٍ من الصغائِر، أم الإكثارُ من الصغائِرِ، سواءٌ كان مِنْ نوعٍ، أو أنواعٍ ؟ فيه وجهانِ، ويوافِقُ الثاني قول الجمهورِ: أَنَّ مَنْ غلبت طاعتُهُ معاصِيَهُ، كانَ عَدْلاً، وعكسُه فاسِقٌ، ولفظ الشافعيِّ رَحِمَهُ اللهُ في « المختصر » يوافِقُه، فعلىٰ هـٰذا: لا تضرُّ المداومةُ علىٰ نوعٍ مِنَ الصغائر إذا غلبت الطاعاتُ، وعلىٰ الأول: يَضُرُّ.

فَرْعٌ: اللَّعبُ بالشِّطْرَنْجِ[1] مكروه، وقيل: مباحٌ لا كراهةَ فيه، ومالَ الحَلِيْمِيُّ إلىٰ تحريمه، واختارَه الرُّوْيَانِيُّ، والصحيح: الأولُ؛ فإِنِ اقترنَ به قمارٌ، أو فُحْشٌ، أو إخراجُ صلاةٍ عن وقتِها عَمْداً، رُدَّتْ شهادتُهُ بذٰلك المقارِن وإنما يكونُ قماراً إذا شرطَ المالُ مِنَ الجانِبين، فإِنْ أخرجَ أحدُهما ليبذلَه إِنْ غلبَ، ويمسكَه إِنْ غُلِبَ، فليس بقمار، ولا تردُّ به شهادةٌ؛ لـٰكنه عقدُ مسابقةٍ علىٰ غير آلةِ قتالٍ، فلا يصحُّ.

ولو لم يخرجِ الصلاة [عن الوقتِ] عمداً، لـٰكن شغله اللعبُ به حتَّىٰ خرجَ، وهو [١٢٥٩ / ب] غافِل؛ فإن لم يتكرَّرْ ذٰلك منه، لم تُرَدَّ شهادتُه، وإن كَثُرَ منه، فسقَ ورُدَّتْ شهادتُه بخلاف [ما] إذا تركها ناسياً مِراراً؛ لأنه ـ هنا ـ شغلَ نفسه بما فاتت به الصلاةُ، هـٰكذا ذكروه، وفيه إشكالٌ؛ لما فيه من تعصية الغافل اللاهي، ثم قياسه الطرد في شغل النفس بغيرِهِ مِنَ المباحاتِ.

وأشار الرُّويانِيُّ إلىٰ وجه: أنه يفسقُ، وإن لَم يتكَرر.

وفي « المهذَّب »[2]: اشتراطُ التكرر في إخراجِها عن الوقت، وإن كان عالماً، وهو خلاف ما سبقَ أن إخراجَ الفريضةِ عن الوقتِ عمداً كَبيرة.

وأمَّا اللعبُ بالنَّرْدِ[3] ففي وجهٍ: مكروهٌ، والصحيح: تحريمُهُ، فعلىٰ هـٰذا: قال

---

(١) الشِّطرنج: بكسر الشين في اللغة الفصيحة (النظم المستعذب: ٢ / ٣٢٥)، قال في (المعجم الوسيط: ١ / ٥٠٢): « لُعبةٌ تُلعَبُ علىٰ رُقعة ذات أربعة وستين مربعاً، وتمثل دولتين متحاربتين باثنتين وثلاثين قطعة، تمثل الملكين والوزيرين والخيَّالة والقلاع والفيلة والجنود، هندية ».

(٢) انظر: (المهذب: ٥ / ٦٠٢).

(٣) النَّرْد: معرَّبة: لعبة ذات صندوق وحجارة وفَصَّين، تعتمد علىٰ الحظ وتنقل فيها الحجارة علىٰ حسب ما يأتي به الفص [الزَّهر]، وتعرف عند العامة بـ: [الطاولة]. انظر: (المعجم الوسيط: ٢ / ٩٤٩)، و(النظم المستعذب: ٢ / ٣٢٥).

الشيخ أبو محمد: هو صغيرةٌ، قال الإمامُ: والصحيح أنه من الكبائر.

قال في « الأُم »: وأكرهُ اللعبَ بالحَزَّة[١] والقَرَق[٢]، فالحَزَّة: قطعة[٣] خشَبٍ، يحفرُ فيها حُفر في ثلاثةِ أسطر، يجعلُ فيها حَصًى صغار، يلعبُ بها، وقد تسمَّىٰ: الأربعةَ عَشَرَ[٤].

والقَرَق: أَنْ يخطَّ في الأرض خَطّ مربع، ويجعلَ في وسطه خَطَّان كالصليب، ويجعلَ علىٰ رؤوسِ الخطوط حصًى صغار، يلعب بها. وهٰذه اللفظةُ رأيتُها بخط الرُّوْياني بفتح القاف والراء، وضبطها بعضُهم بكسر القافِ وإسكانِ الراء.

قال في « الشامل »: اللعبُ بهما، كالنَّرْدِ، وفي « تعليقِ الشيخ أبي حامد » أنه كالشِّطْرَنْج.

فَرْعٌ: اتخاذُ الحَمام للبيض وللفرخ[٥]، أو الأُنس، أو حَمْلِ الكُتب جائِزٌ بلا كراهة، وأَمَّا اللعبُ بها بالتطييرِ والمسابَقة، فقيل: لا يُكْرَهُ.

والصحيح: أنه مكروهٌ، ولا تردُّ الشهادةُ بمجرَّده، فإنِ انضمَّ إليه قمارٌ ونحوُهُ رُدَّتْ.

فَرْعٌ: غِناءُ[٦] الإنسانِ قد يقعُ بمجرَّد صوتِهِ، وقد يقعُ بآلةٍ.

أما القسم الأول: فمكروهٌ، وسماعُهُ مكروهٌ، وليسا محرَّمين، فإنْ كان سماعُهُ من أَجنبيَّةٍ فأشَدُّ كراهةً.

وحكىٰ القاضي أبو الطيِّب تحريمَهُ، وهٰذا هو الخلافُ الذي سبقَ في أن صوتَها

(١) الحَزَّة: بفتح الحاء المهملة وبالزاي (مغني المحتاج: ٤ / ٤٢١).
(٢) (الأم: ٦ / ٢٠٨).
(٣) في المطبوع: « قطع ».
(٤) وتسمَّىٰ: « المُنَقِّلَة؛ لأنه يتم فيها نقل الحصىٰ، وهي بالفارسية، وعند العامة « شارده »، وهي أربعة عَشَرَ بالفارسية؛ لأن (شار) أربعة، و(ده) عشرة بلغتهم، وهي حُفيرات تجعل في لوحٍ، سطراً من أحد جانبيه، وسطراً في الجانب الآخر، وتجعل في الحفر حصًى صغيرة، يلعبون بها (النظم المستعذب: ٢ / ٣٢٥)، وانظر: (البيان: ١٠ / ٢٩٠).
(٥) في المطبوع: « للفرخ والبيض ».
(٦) الغناء: هو التغني بالألحان، وهو كلامٌ، حسنُهُ حسَنٌ، وقَبيحه قبيحٌ، والإنشادُ الهادف المحرك للأحوال السنية المذكرة لأمور الآخرة لا بأس به.

هل هو عورة ؟ فإنْ كان في السماع منها خوفُ فتنةٍ، فحرامٌ بلا خلاف، وكذا السماعُ مِنْ صبيٍّ يُخاف منه الفتنة.

وحكىٰ أبو الفَرَجِ الزَّازُ وجهاً: أنه يحرمُ كثيرُ السماعِ، دون قليله، ووجه: أنه يحرمُ مطلقاً، والصحيح: الأولُ، وهو المعروف للأصحاب.

وأمَّا الحُدَاءُ[(١)]، وسماعُهُ، فمباحان، وأمَّا تحسينُ الصوتِ بقراءة القرآنِ، فمسنونٌ.

وأمَّا القراءةُ بالألحان؛ فقال في « المختصر »: لا بأسَ بها.

وعن رواية الرّبيعِ بن سُليمان الجِيْزِيِّ: أنها مكروهة، قال جمهورُ الأصحاب: ليست علىٰ قولين؛ بل المكروهُ أَنْ يفرطَ في المَدِّ، وفي إشباعِ الحَرَكات حتَّىٰ تتولَّدَ من الفتحة أَلِفٌ، ومن الضمَّة[(٢)] واوٌ، ومن الكسرة ياءٌ، أو يدغم في غيرِ موضِع الإدغام، فإنْ لم يَنْتَهِ إلىٰ هـٰذا الحَدِّ، فلا كراهةَ.

وفي « أمالي السَّرْخَسِيِّ » وجه: أنه لا يكرهُ وإنْ أفرطَ.

قلتُ: الصحيح أنه إذا أفرطَ علىٰ الوجهِ المذكور، فهو حَرام، صرَّح به صاحب « الحاوي »، فقال: هو حرامٌ، يفسقُ به القارئُ، ويأثم المستمعُ؛ لأنه عدل [به] عن نَهْجِهِ القَويم[(٣)]، وهـٰذا مرادُ الشافعيِّ بالكراهة.

ويسنُّ ترتيلُ القراءة [١٢٦٠ / أ] وتدبُّرها، والبكاءُ عندَها، وطلبُ القراءةِ من حَسَنِ الصوت، والجلوسُ في حِلَقِ القراءة، ولا بأسَ بترديدِ الآية للتدبُّر، ولا باجتماع الجماعةِ في القراءةِ، ولا بإدارتها وهي[(٤)] أَنْ يقرأَ بعضُ الجماعة قطعةً، ثم البعضُ قطعةً بعدها، وقد أوضحتُ هـٰذا كُلَّهُ، وما يتعلَّق به من النفائسِ في « آدابِ حَمَلَةِ القرآنِ »[(٥)]. **واللهُ أعلمُ.**

---

(١) **الحُداء**: هو تحسينُ الصوت الشجي بالرَّجَزِ المباح وغيره؛ ليخفف الكلال، ويحدث نشاط النفس. (النجم الوهَّاج: ١٠ / ٢٩٦).

(٢) في المطبوع: « الضم ».

(٣) في المطبوع: « لهجة التقويم ».

(٤) في المطبوع: « وهو ».

(٥) انظر: (التبيان في آداب حملة القرآن ص: ٨١ ـ ١١٤).

القسمُ الثاني: أَنْ يُغَنِّي ببعضِ آلاتِ الغِناء، مِمَّا هو من شِعَار شاربي الخمرِ، وهو مطربٌ[1]، كالطُّنبورِ، والعُودِ، والصَّنْجِ، وسائرِ المعازفِ[2] والأوتارِ يحرمُ استعمالُه واستماعُهُ. وفي اليَرَاع[3]: وجهان، صحَّح البغويُّ[4] التحريمَ، والغزاليُّ الجوازَ، وهو الأقربُ، وليس المرادُ من اليَرَاعِ كلَّ قَصَبٍ؛ بل المِزْمارُ العراقيُّ[5]، وما يضربُ به الأوتار حرامٌ بلا خلاف.

قلتُ: الأصحُّ، أو الصحيحُ: تحريمُ اليَرَاعِ، وهو هٰذه الزمَّارَةُ التي يقال لها الشَّبَّابة، وقد صنفَ الإمامُ أبو القاسمِ الدَّوْلَعِيُّ كتاباً في تحريمِ اليَرَاعِ، مشتملاً علىٰ نفائسَ، وأطنب في دلائل تحريمه. **واللهُ أعلمُ.**

أما الدُّفُّ، فضرْبُهُ مباحٌ في العُرسِ، والخِتان، وأَمَّا في غيرهما، فأطلقَ صاحبُ «المهـذَّب»[6] والبغويُّ[7]، وغيرُهما تحريمَه.

وقال الإمامُ، والغزاليُّ: حلالٌ، وحيثُ أبحناه هو فيما إذا لم يكن فيه جَلاجِل، فإن كانت[8]، فالأصحُّ حِلُّه أيضاً. ولا يحرُمُ ضَرْبُ الطُّبولِ، إلَّا الكُوبةَ، وهو طَبْل طويلٌ متسعُ الطرفَين، ضَيِّقُ الوسَط، وهو الذي يَعتاد ضَرْبَهُ المخنَّثون. والطبولُ التي تهيأ لملاعب الصّبيان إنْ لم تلحقْ بالطبول الكِبار، فهي كالدُّفِّ، وليست كالكُوبة بحالٍ. والضَّرْبُ بالصَّفَّاقتين[9] حرام، كذا ذكره الشيخ أبو محمد، وغيرُهُ؛ لأنه من

---

(1) **مطرب:** الطَّرَبُ: خفةٌ تصيبُ الإنسان لشدة حزنٍ أو سرورٍ، والآلة المطربةُ: هي التي تكسبُ سامعها طرباً، والطرَبُ: حلول الفرح وذهابُ الحزن. انظر: (النظم المستعذب: ٢ / ٣٢٦)، و(المصباح: ط ر ب).

(2) **المعازف:** الملاهي، وتشملُ الأوتار والمزامير (تهذيب الأسماء واللغات: ٣ / ٣٧٩).

(3) **اليَرَاع:** بفتح الياء وتخفيف الراء وبالعين المهملة، وهو جمع: يراعة، أو اسم جنس، واحدته: يَرَاعة (تهذيب الأسماء واللغات: ٣ / ٦٩٨).

(4) انظر: (التهذيب: ٨ / ٢٦٧).

(5) **المزمار العراقي:** هو الذي يضربُ به مع الأوتار (النجم الوهَّاج: ١٠ / ٣٠٢).

(6) انظر: (المهذب: ٥ / ٦٠٧).

(7) انظر: (التهذيب: ٨ / ٢٦٧).

(8) في المطبوع: «كان».

(9) **الصَّفَّاقَتين:** صُفْرٌ يُضربُ بعضُها علىٰ بعضٍ (مغني المحتاج: ٤ / ٤٢٩).

وقال الأستاذ الدكتور عبد العظيم محمود الديب في تعليقه علىٰ (نهاية المطلب: ١٩ / ٢٣): =

عادة المُخَنّثين، وتوقف فيه الإمامُ؛ لأنه لم يَرِدْ فيه خبرٌ بخلاف الكُوبة.

وفي تحريم الضربِ بالقضيبِ علىٰ الوسائِدِ وجهان.

قطع العراقيون بأنه[1] مكروه لا حرام، والرقصُ ليس بحرام، قال الحَلِيميُّ: لٰكن الرقص الذي فيه تَثَنٍّ وتكسُّر يشبهُ أفعالَ المخنَّثين حرامٌ علىٰ الرجالِ والنساءِ.

فَرْعٌ: إنشاءُ الشعر، وإنشادُهُ، واستماعُه جائِز، فلو هَجَا الشاعرُ في شِعْره ولو بما هو صادقٌ فيه رُدَّتْ شهادَتُهُ، وليس إثمُ حاكي الهَجْوِ كإثم مُنشئه، ويشبهُ أَن يكونَ التعريضُ هَجْواً، كالتصريح، وقال ابْنُ كَجٍّ: ليس التعريضُ هَجْواً، وتردُّ شهادةُ الشاعر إذا كان يفحشُ ويشبِّبُ بامرأة بعينها، أو يصفُ أعضاء باطنةً، فإن شبَّبَ بجاريته، أو زوجته، فوجهانِ.

أحدهما: يجوزُ، ولا تردُّ شهادته، وهٰذا القائل يقول: إذا لم تكن المرأة معيَّنة، لا تردُّ شهادته؛ لاحتمال أنه يريدُ مَنْ تَحِلُّ له، والصحيح أنه[2] تردُّ شهادتُهُ إذا ذكر جاريتَه أو زوجتَه بما حقُّهُ الإخفاءُ؛ لسقوط مُروءته.

ولو كان يشبِّبُ بغلام، ويذكر أنه يعشقُهُ، قال الرُّوْيانِيُّ: يفسقُ، وإن لم يعيِّنه؛ لأن النظرَ إلىٰ الذكور بالشهوةِ حَرام بكلِّ حال.

وفي « التهذيب »[3]، وغيره: اعتبارُ التعيين في الغلام كالمرأةِ.

وإنْ كان يمدحُ الناسَ ويطري، نُظِرَ:

إن أمكنَ حملُه علىٰ ضربِ مبالغةٍ، جازَ، وإن لم يكن [١٢٦٠ / ب] حملُهُ علىٰ المبالغة وكان كذِباً مَحْضاً، فالصحيحُ الذي عليه الجمهورُ، وهو ظاهر نَصِّهِ: أنه كسائِرِ أنواعِ الكذِب، فتردُّ شهادتُهُ إنْ أكثر[4] منه، وقال القَفَّالُ، والصَّيدلاني: لا يلحَقُ بالكَذب؛ لأن الكاذب يوهمُ الكذبَ صِدْقاً، بخلاف الشاعِر، فعلىٰ هٰذا: لا فرقَ بين قليله وكثيره، وهٰذا حسَنٌ بالغ، وينبغي أَنْ يقالَ علىٰ قياسه: إنَّ التشبيبَ

= « المرادُ التصفيق باليدين؛ فلم نجد في كتاب أسماء الملاهي آلة تسمَّىٰ: الصَّفَّاقتين ».

(١) في المطبوع: « بأن ».

(٢) في المطبوع: « أَنْ ».

(٣) انظر: (التهذيب: ٨ / ٢٦٨).

(٤) في المطبوع: « كثر ».

بالنساء والغِلمان بغير تعيينٍ لا يُخِلُّ بالعدالة، وإن أكثر[١] منه؛ لأن التشبيبَ صنعةٌ، وغرضُ الشاعرِ تحسينُ الكلامِ، لا تحقيقُ المذكور، وكذلك ينبغي أن يكون الحكمُ لو سمَّىٰ امرأةً، لا يدرىٰ مَنْ هِيَ.

فَرْعٌ: ما حكَمْنا بإباحتهِ في هٰذه الصُّورة قد يقتضي الإكثارُ منه رَدَّ الشهادةِ؛ لكونه خارِماً للمروءة، فَمَنْ داوم علىٰ اللعبِ بالشِّطْرنج والحَمَام، رُدَّتْ شهادتُهُ وإن لم يقترِنْ به ما يوجِبُ التحريمَ؛ لما فيه من ترك المروءةِ، وكذا مَنْ داومَ علىٰ الغناء، أو سماعِهِ، وكان يأتي الناسَ ويأتونه، أو اتخذَ جاريةً، أو غلاماً لِيُغَنِّيا[٢] للناس، وكذا المداومة علىٰ الرقْصِ، وضربِ الدُّفِّ، وكذا إنشاد الشِّعْر، واستنشاده إذا أكثر منه، فتركَ به مُهمَّاتِهِ، كان خارِماً للمروءة، ذكره الإمامُ. قال: وكذا لو كان الشاعِرُ يكتسب بشعره. والمرجعُ في المداومة والإكثارِ إلىٰ العادة، ويختلفُ الأمر فيه بعاداتِ النواحي والبلاد، ويستقبحُ من شخصٍ قَدْرٌ لا يستقبحُ من غيره، وللأمكنة فيه أيضاً تأثيرٌ، فاللعبُ بالشِّطْرنج في الخَلوة مِراراً، لا يكون كاللَّعِب به في السوقِ[٣] مرةً علىٰ ملأ من الناس، وهل يقال علىٰ هٰذا: لما استمرَّت العادةُ أَنَّ الشاعرَ يكتسبُ بشعرِه وعدّ[٤] صنعة الغناء حِرْفةً ومكسباً؛ فالاشتغالُ به ممن يَليقُ بحاله، لا يكون تَرْكاً للمروءة؟ وكلامُ الأصحابِ محمولٌ علىٰ ما لا يليقُ به، وقد رأيتُ ما ذكرتُهُ في الشاعر يكتسبُ بشعره لابْنِ القاصِّ.

فَرْعٌ: ما حَكَمنا بتحريمه في هٰذه المسائل، كالنَّرد، وسَماعِ الأوتارِ، ولُبْس الحريرِ، والجلوسِ عليه، ونحوها، هل هو مِنَ الكبائر فتردُّ الشهادةُ بمرَّةٍ، أم من الصغائر، فيعتبرُ المداومةُ والإكثارُ؟ وجهان.

يميل كلامُ الإمام إلىٰ أوَّلهما.

والأصحُّ: الثاني، وهو المذكور في «التهذيب» وغيرِهِ، وزاد الإمامُ، فقال: ينظرُ إلىٰ عادة البلدِ والقُطر، فحيثُ يستعظمونَ النَّرْدَ وسماعَ الأوتارِ تردُّ الشهادةُ بمرَّةٍ

---

(١) في المطبوع: «كثر».
(٢) في المطبوع: «ليتغنَّيا».
(٣) في المطبوع: «سوق».
(٤) في الأصول الخطية: «وعهد»، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٢ / ١٨).



واحدةٍ؛ لأن الإقدامَ في مثل تلك الناحية لا يكونُ إلاَّ من جَسُورٍ، مُنْحَلٍّ عن رِبْقَةِ المروءة، فتسقَطُ الثقةُ بقوله، وحيثُ لا يستعظمونه لا يكون مطلقُ الإقدامِ مُشعراً بتركِ المبالاة، وسقوطِ المروءةِ، وحينئذ يقعُ النظرُ في أنه صغيرة أم كبيرة.

فَرْعٌ: الخَمْرُ العنبيّة[1] التي لم يشُبْها ماءٌ، ولا طُبخَتْ بنار، مُحَرَّمَةٌ بالإجماع، ومَنْ شربها [عامداً] عالماً بحالها، حُدَّ ورُدَّت شهادتُهُ، سواءٌ شربَ قَدْراً يُسكر[2] أم لا.

قال أصحابنا العراقيونَ: وكذا حكمُ بائِعها، ومُشتريها في رَدِّ شهادتهما، ولا تُرَدُّ الشهادةُ بإمساكها؛ لأنه قد يجوز أَنْ يقْصدَ به التخلُّل، أو التخليل.

وأمَّا المطبوخُ من عصيرِ العنب المختلفِ في تحريمه، وسائر الأنبذة؛ فإنْ شربَ منها القَدْرَ المسكر، حُدَّ، ورُدَّت شهادتُهُ، وإن شرب قليلاً وهو يعتقدُ إباحَتَه [١٢٦١ / أ] كالحنفيِّ، ففيه أوجُهٌ:

الأصح المنصوص: يُحَدُّ، ولا تُرَدُّ شهادتُهُ.

والثاني: تُرَدُّ، ويُحَدُّ.

والثالث: لا تُرَدُّ، ولا يُحَدُّ، واحتجَّ الأصحاب للأصحِّ بأنَّ الحَدَّ إلىٰ الإمام، فاعتبر اعتقاده، والشهادة تعتمد اعتقادَ الشاهد، ولهٰذا لو غَصَبَ جاريةً ووطئها معتقِداً أنه يزني بها، فبانَ أنها مِلْكُهُ، فُسِّقَ، ورُدَّت شهادته. ولو وطئَ جاريةَ غيره يعتقدُها جاريتَه، لم تُرَدَّ شهادتُهُ؛ ولأن الحَدَّ للزَّجر، والنبيذُ يحتاجُ إلىٰ زَجْرٍ، وردُّ الشهادة؛ لسُقوط الثقةِ بقَوله، ولا يوجَدُ ذٰلك إذا لم يعتقدِ التحريم.

وأما إذا شربه مَنْ يعتقدُ تحريمَه، فالمذهبُ أنه يُحَدُّ، وتُرَدُّ شهادَتُهُ.

وعن القَفَّالِ: أَنَّ مَنْ نكحَ بلا وليٍّ، ووطئَ، لا تُرَدُّ شهادَتهُ، إِنِ اعتقدَ الحِلَّ، وتُرَدُّ إن اعتقدَ التحريمَ، وعلىٰ هٰذا قياسُ سائرِ المجتهدات، ولٰكن عن نَصِّ الشافعيِّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أنه لا تُرَدُّ شهادةُ مُسْتحِلِّ نِكاح المُتعة، والمفتي به، والعامل به، ونَقَلَ[3] أبو الفَيَّاضِ مثلَه.

---

(١) في المطبوع: « العينية »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ١٩).

(٢) في المطبوع: « يسكره ».

(٣) في (ظ)، والمطبوع زيادة: « القاضي ».

قلتُ: قال ابْنُ الصبَّاغ: قال في « الأم »: إذا أخذَ من النِّـثَارِ[1] في الفَرَح، لا تردُّ شهادته؛ لأن مِنَ الناس مَنْ يُحِلُّ ذٰلك، وأنا أكرهُهُ.

قال في « الأم »: ومَنْ ثبتَ أنه يحضرُ الدعوةَ بغير دعاءٍ مِنْ غير ضرورة، ولا يستحلُّ صاحبَ الطعام، وتكرَّر ذٰلك منه، رُدَّتْ شهادتُهُ؛ لأنه يأكلُ محرَّماً إذا كانت الدعوةُ دعوةَ رجلٍ من الرعية، وإن كانت دعوةَ سلطان، أو مَنْ يتشبَّه بالسلطان فهٰذا طعام عام، فلا بأسَ به[2].

قال ابْنُ الصبَّاغ: وإنما اشترطَ تكرّر ذٰلك؛ لأنه قد يكون له شبهةٌ حتَّىٰ يمنعه صاحبُ الطعام، فإذا تكرَّرَ، صارَ دناءَةً، وقِلَّة مروءةٍ. **واللهُ أعلمُ**.

الشرط الخامسُ: المروءَةُ، وهي التوقِّي عن الأَدناس، فلا تقبلُ شهادَةُ مَنْ لا مُروءَةَ له، فمِنْ تَرْكِ المروءةِ: لُبْسُ ما لا يليقُ بأمثاله؛ بأن يَلْبسَ[3] الفقيهُ القَبَاء[4]، والقَلَنسُوة[5] ويتردَّدَ فيهما في بلدٍ لم تَجْرِ عادَةُ الفقهاءِ بلبسهما فيه، أو لبس التاجِر ثوبَ الجَمَّالِ، أو تعمّم الجَمَّال وتطلّس[6]، وركبَ بغلةً مُثْمنةً، وطاف في السوق، واتخذ نفسَه ضُحكَةً.

ومنه: المشيُ في السوق مكشوفَ الرأس والبدَن إذا لم يكن الشخصُ سوقيّاً مِمَّنْ يليقُ به مثله، وكذا مَدُّ الرجْلِ بين الناس، والأكلُ في السوق والشربُ من سِقَاياتها، إلاَّ أَنْ يكون الشخصُ سوقيّاً، أو شربَ؛ لغلَبَةِ عطشٍ.

ومنه: أَنْ يقبِّلَ امرأَته، أو جاريته بحَضْرَةِ النَّاس، أو يحكي ما يجري بينهما في الخَلْوة، أو يكثرَ من الحكاياتِ المضحِكة، أو يخرج عن حُسنِ العِشْرة مع الأهلِ، والجيرانِ، والمعاملين، ويُضَايقَ في اليسير الذي لا يُستقصىٰ فيه.

---

(١) **النِّثَار**: النَّثْرُ: نثرُكَ الشيء بيدك ترمي به متفرِّقاً، مثل: نثرِ الجوز واللَّوز والسكَّر، وهو النِّثَار (تهذيب الأسماء واللغات: ٣ / ٦٢٩).

(٢) في المطبوع: « فلا تأثير به ».

(٣) في المطبوع: « لبس ».

(٤) **القَبَاء**: ثوب يلبس فوق الثياب أو القميص ويتمنطق به (المعجم الوسيط: ٢ / ٧٤٠).

(٥) **القَلَنسوة**: ما يلبسُ علىٰ الرأسِ (مغني المحتاج: ٤ / ٤٣٢).

(٦) **تَطَلَّسَ**: أي: لبسَ الطَّيلسانَ، وهو: ثوب يُغطىٰ به الرأس والبدن، يلبس فوق الثياب (النظم المستعذب: ٢ / ١٤١).

ومنه: الإكْبابُ[(١)] علىٰ اللَّعبِ بالشِّطرنجِ، والحَمَامِ، والغناءِ علىٰ ما سبقَ.

ومنه: أَنْ يتبذَّلَ الرجلُ المعتبرُ نفسه[(٢)] بنقلِ الماء والأطعمةِ إلىٰ بيته إذا كان ذٰلك عن شُحٍّ، فإنْ فعله استكانةً، واقتداءً بالسَّلَفِ التاركين للتكلُّف، لم يقدَحْ ذٰلك في المروءة، وكذا لو كان يلبسُ ما يجدُ، ويأكل حيثُ يجدُ؛ لتقلُّله وبَراءته من التكلُّف المعتاد، وهٰذا يعرفُ بتناسب حالِ الشخص في الأعمالِ والأخلاقِ، وظهورِ مَخَايل الصِّدْق فيما يُبديه، وقد يؤثِّر فيه الزِّي واللبسة.

وفي قبول شَهادة أهلِ الحرف [١٢٦١ / ب] الدنيئة، كحَجَّام، وكَنَّاسٍ، ودبَّاغٍ، وقَيِّمِ حَمَّامٍ، وحارسٍ، ونَخَّالٍ، وإسكافٍ، وقَصَّابٍ، ونحوهم، وجهان.

أصحُّهما: القبولُ، وفي الحائِكِ الوجهان، وقيل: يقبلُ، قطعاً وقيل: يقبلُ مَنْ لا يحتاج إلىٰ مباشرة نجاسةٍ، أو قَذَرٍ، كالحائك، والنخَّالِ، والحارس، دون غيرهم.

وفي الصبَّاغِ والصائغ طريقان.

أحدُهما: طردُ الوجهين، والمذهبُ القبولُ قطعاً، لٰكن مَنْ أكثرَ منهم، ومِنْ سائر المحترفةِ كَذِباً وخُلفاً في الوعد، رُدَّتْ شهادته، ولذٰلك قال الغزالي: الوجهانِ في أصحاب الحِرَفِ، هما فيمن يليق [به]، وكان ذٰلك صَنْعة آبائه، فأَمَّا غيرُه، فتسقطُ مُروءتُهُ بها، وهٰذا حسَنٌ، ومقتضاه أَنْ يقالَ: الإسْكافُ والقصَّاب إذا اشتغلا بالكَنْسِ، بَطَلَتْ مُروءتهما بخلافِ العكس.

قلتُ: لم يتعرَّضِ الجمهورُ لهٰذا القَيد، وينبغي أَنْ لا يقيّدَ بصنعةِ آبائه؛ بل ينظرُ: هل يليقُ به هو، أم لا ؟ **وٱللهُ أعلمُ.**

ثم الذين يباشرون النجاسةَ إنما يجري فيهم الخلافُ إذا حافظوا علىٰ الصلواتِ في أوقاتها، واتخذوا لها ثياباً طاهرةً، وإلَّا فتردُّ شهادتُهم بالفِسْقِ.

فَرْعٌ: من تركَ السننَ الراتبة، وتسبيحاتِ الركوع والسجودِ أحياناً، لا تردُّ

---

(١) في (ظ)، والمطبوع: « الإكثار »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٢٢)، و(المنهاج، والنجم الوهَّاج: ١٠ / ٣١٠).

(٢) كلمة: « نفسه » لم ترد في (فتح العزيز: ١٣ / ٢٢).

شهادته، ومَنِ اعتادَ تركها، رُدَّتْ شَهادتُه؛ لتهاونه بالدِّين وإشعارِ هٰذا بقلَّةِ مُبالاتِهِ بالمهمَّاتِ، وحكىٰ أبو الفَرَج في غيرِ الوتْرِ وركعتي الفجر وجهاً[1]: أنه لا تردُّ شهادته باعتيادِ تركها.

فَرْعٌ: نصّ أَنَّ مستحلَّ الأنبذةِ إنْ أدامَ المنادَمةَ عليها، والحضورَ مع أهل السَّفهِ، رُدَّتْ شهادتُهُ؛ لطرحِهِ المروءةَ. وتقبلُ شهادةُ الطوَّافين علىٰ الأبوابِ، وسائِر السُّؤَّال إلَّا أَنْ يكثرَ الكذِب في دعوىٰ الحاجة، وهو غيرُ مُحتاج، أو يأخذَ ما لا يحلُّ له أخذُهُ، فيفسَّق. ومُقتضىٰ الوجهِ الذاهبِ إلىٰ رَدِّ شهادةِ أصحابِ الحِرَفِ، رَدُّ شهادتِهِ؛ لِدَلالتِهِ علىٰ خِسَّتِهِ.

الشرطُ السادِسُ: الانفكاكُ عن التُّهمة، وللتهمة أسبابٌ:

الأول: أَنْ يَجُرَّ بشهادته إلىٰ نفسِه نفعاً، أو يدفعَ بها ضَرّاً، فلا تقبلُ شهادةُ السيدِ لعبدِهِ المأذونِ له، ولا لمكاتَبِهِ بدَيْن ولا عَينٍ[2]، ولا شهادةُ الوارثِ لمورِّثه، ولا الغريمِ للميتِ، والمفلسِ المحجور عليه، وتقبلُ شهادته لغريمه الموسِرِ، وكذا المعسِر قبلَ الحَجْرِ عليه علىٰ الأَصَحِّ.

ولا تقبلُ شهادةُ الضامِن للمضمون عنه بالأداء، ولا الإِبراء، ولا الوكيل لموكِّله فيما هو وكيلٌ فيه، ولا الوصيّ والقيِّم في محَلِّ تصرُّفهما، ولا الشريك لشريكِهِ فيما هو شريكٌ فيه؛ بأَنْ يقول: هٰذه الدارُ بيننا، ويجوزُ أَنْ يشهدَ بالنصفِ لشريكِهِ، ولا تقبلُ شهادته لشريكه ببيع الشِّقْصِ، ولا للمشتري من شريكه؛ لأنها تتضمَّن إثباتَ الشُّفعة لنفسه، فإِنْ لم يكن فيه شُفْعة؛ بأن كان مِمَّا لا ينقسمُ، قال الشيخ أبو حامد: تقبلُ، وكذا لو عفا عن الشُّفْعة، ثم شهدَ.

ولو شهدَ أن زيداً جرَح مورِّثه، لم يقبَلْ للتُّهمة.

ولو شهدَ بمالٍ آخَرَ لمورِّثِهِ المجروحِ، أو المريضِ؛ إنْ شهد[3] بعد الاندمالِ، قُبلَتْ قطعاً، وكذا قبلَه علىٰ الأصحِّ.

فَرْعٌ: ذكر القاضي أبو سَعْدٍ الهَرَوِيُّ [١٢٦٢ / أ] في « شرح أدب القَضَاء » لأبي

---

(١) في المطبوع: « وجهان »، غلط، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٢٣).

(٢) في (فتح العزيز: ١٣ / ٢٣): « . . . السيد لمكاتبه، ولعبده المأذون له بدين ولا عين ».

(٣) في (ظ)، والمطبوع: « يشهد ».

عاصم العبَّادي رَحِمَهُ اللَّهُ: أنه لا تقبلُ شهادة المودع للمودع إذا نازعه في الوديعة أجنبيٌّ؛ لأنه يستديمُ اليدَ لنفسهِ، ويقبل للأجنبي، وكذا شهادةُ المرتهنِ لا تُقبل[1] للراهن، وتقبل[2] للأجنبيِّ.

وأَن شهادةَ الغاصِب على المغصوب منه بالعَين لأجنبيٍّ لا تقبلُ؛ لفسْقِهِ، ولتُهمته بدفعِ الضمانِ ومُؤنةِ الرَّدِّ؛ فإنْ شهدَ بعد الردِّ، قُبلَتْ شهادتُهُ، وإنْ شهدَ بعد التلفِ، لم تُقْبَلْ؛ لأنه يدفعُ الضمان.

وأَنَّ شهادةَ المشتري شراء فاسداً بعدَ القبضِ لا تقبلُ للأجنبيِّ؛ لما ذكرنا.

وأَنَّ شهادةَ المشتري شِراءً صحيحاً بعدَ الإقالة، والردّ بالعيب، لا تقبلُ للبائع؛ لأنه يستبقي لنفسِه الغلَّات، وإنْ كان المدَّعي يدَّعي الملكَ من تاريخ متقدّم على البيع.

ولو شهدَ بعد الفسخ بخيارِ الشرطِ أو المجلسِ، فوجهان؛ بناءً على أنه يرفعُ العقد مِنْ أصلِهِ، وترجعُ الفوائدُ إلى البائع، أم من[3] حِينِهِ ولا ترجعُ.

وأنه: لو كان لميتٍ دَينٌ على شخص، فشهدَ أجنبيَّانِ لرجل بأنه أخو الميت، ثم شهدَ الغريمانِ لآخَرَ بأنه ابنه، لم تقبَلْ شهادةُ الغريمَين؛ لأنهما ينقلانِ ما عليهما للأخ إلى الآخَر بخلافِ ما لو تقدَّمت شهادةُ الغريمَين.

وأنه لا تقبلُ شهادةُ الوارثين على موتِ المورِّث، ولا شهادةُ الموصى لهما على الموصِي، وتقبلُ شهادةُ الغريمين على موتِ مَنْ له الدَّين؛ لأنهما لا ينتفعان بهذه الشهادة، ولا ينظرُ إلى نقل الحَقِّ مِنْ شخص إلى شخص؛ لأن الوارثَ خليفةُ المورث، فكأنه هو[4].

ولو شهدَ شهودٌ بقتل الخطأ، فشهد اثنانِ من العاقِلة بفسْقِ شهودُ القتل، لم تقبَلْ شهادتُهما؛ لأنهما يدفعانِ ضررَ التحمُّل.

---

(١) في المطبوع: «لا يقبل».

(٢) في المطبوع: «ويقبل».

(٣) كلمة: «من» ليست في المطبوع.

(٤) في (فتح العزيز: ١٣ / ٢٥) زيادة: «ذكر ذلك كله القاضي أبو سَعْدٍ الهروي».

ولو شهد اثنانِ علىٰ مفلسٍ بدَين، فشهدَ غرماؤُه الآخرونَ بفسْقِهما، لم تقبَلْ شهادتُهم؛ لأنهم يدفعون عنه ضَررَ المُزاحمة.

ولو شهد اثنانِ لاثنَين بوصيَّة مِنْ تركة، فشهدَ المشهودُ لهما للشاهدَين بوصيَّةٍ من تلك التركةِ، أو شهدَ اثنانِ لرجلٍ، فشهدَ الرجلُ مع آخَرَ(١) بوصيةٍ للشاهدَين، فوجهان.

أحدهما: لا تقبلُ الأربعةُ؛ لتُهمة المواطأة(٢).

والصحيحُ: قَبُولُ الشهادَتَين؛ لانفصال كُلِّ شهادةٍ عن الأُخرىٰ، ولا يَجُرُّ بشهادتِهِ نفعاً، ولهٰذا قلنا: تقبلُ شهادةُ بعض القافِلة لبعض في قطع الطريقِ إذا قال كُلُّ واحد منهم: أخذ مالي(٣) فلان، ولم يقل: أخذ مالنا.

السببُ الثاني: البعضيَّةُ، فلا تقبلُ شهادةٌ لأَصلٍ(٤)، ولا فَرْعٍ. وروىٰ ابْنُ القَاصِّ قولاً قديماً: أنها تُقبلُ، واختاره المُزنيُّ، وابْنُ المنذرِ، والمشهور: الأولُ.

ولا تقبلُ لمكاتَب ولده، أو والده، وما دونهما.

ولو شهد اثنانِ أَنَّ أباهما قذَفَ ضَرَّةَ أُمِّهما، أو طلَّقها، أو خالَعَها، ففي قَبولِ شهادتهما قولان، الجديدُ الأظهرُ: القَبولُ.

ولو ادعتِ الطلاقَ، فشهدَ لها ابناها، لم تُقبل، ولو شهدا حِسْبَةً ابتداءً، قُبلت، وكذا في الرَّضاع.

ولو شهدَ الأبُ مع ثلاثةٍ علىٰ زوجةِ ابنهِ بالزِّنىٰ؛ فإِنْ سبق من الابنِ قذفٌ، فطولِبَ بالحَدِّ، فحاول إقامة البَيِّنة لدفعِهِ، لم تُقبَلْ، وإِنْ لم يقذفْ، أو لم يطالب بالحَدِّ، وشهد الأبُ حِسبةً، قُبلت شهادته.

فَرْعٌ: في يَدِ زيدٍ عبدٌ، ادَّعىٰ شخصٌ [١٢٦٢ / ب] أنه اشتراه من عَمْرٍو بعدما

---

(١) قوله: « بوصيةٍ من تلك التركة . . . مع آخر » ساقط من المطبوع.

(٢) قوله: « بوصيّةٍ للشاهدين فوجهان . . . لتهمة المواطأة » تكرر في المطبوع.

(٣) في (ظ، أ): « مال »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٢٥)، وما في (ظ، أ) موافق لما في (النجم الوهَّاج: ١٠ / ٣١٦).

(٤) في المطبوع: « أصل ».

اشتراه عَمْرٌو من زيدٍ صاحب اليدِ، وقبضه، وطالبه بالتسليم، فأنكر زيدٌ جميع ذٰلك، فشهد ابناه للمدَّعي بما يقوله، فقولانِ، حكاهما أبو سَعْدٍ الهَرَوِيُّ.

أحدهما: لا تقبل، لتضمنها إثباتَ الملكِ لأبيهما.

وأظهرهما: القَبولُ؛ لأنَّ المقصودَ بالشهادة في الحال المدَّعي، وهو أجنبيٌّ.

فَرْعٌ: تقبلُ شهادة الوالدِ على الولدِ، وعكسه، سواء شهدَ بمالٍ، أو عقوبة، وقيل: لا تقبلُ شهادتُهُ على الوالد بقِصاص، أو حَدِّ قَذْفٍ، والصحيحُ: الأولُ، ومَنْ شهدَ لولدٍ، أو والدٍ وأجنبيٍّ، قُبلت للأجنبي في الأصحِّ، أو الأظهرِ.

فَرْعٌ: في حبس الوالدَين بدَين الولدِ أوجُهٌ:

الأصح: المنعُ. قال الإمامُ: وإليه صارَ معظم أئمتنا.

والثالث: يحبسُ في نفقة ولدِه، ولا يحبس في دُيونه، حكاه الإمامُ، واختاره ابْنُ القاصِّ، وقد سبق الوجهانِ في «كتاب التفليس».

فَرْعٌ: تقبلُ شهادةُ أَحَدِ الزوجين للآخَر على الأظهر، وقيل: قطعاً، وفي قول: لا، وفي قول: شهادة الزوج لها دون عكسه.

وتقبلُ شهادةُ أحدِهما على الآخر إلا أنه لا يقبلُ شهادتُهُ عليها بِزِنًى؛ لأنه دعوى خيانتها فِرَاشَهُ.

السببُ الثالثُ: العَدَاوةُ، فلا تقبلُ شهادةُ عدوٍّ على عدوِّه، والعداوةُ التي تردُّ بها الشهادة أَنْ تبلغَ حدّاً يتمنَّى زوالَ نعمتِهِ، ويفرح لمصيبته، ويحزن لمسرَّته، وذٰلك قد يكونُ من الجانبين، وقد يكون من أحدِهما، فيخصّ بردِّ شهادته على الآخر.

وإن أفضتِ الشهادةُ إلى ارتكاب ما يفسَّقُ به، رُدَّتْ شهادتُهُ على الإطلاق.

ولو عادى مَنْ يريدُ أَنْ يشهدَ عليه، وبالغَ في خصومته، فلم يجبْهُ، وسكتَ عنه [ثم شهدَ عليه] قُبلت شهادتُهُ؛ لأنَّا لو لم نقبَلْها، لاتخذَ الخصومُ ذلكَ ذريعةً إلى إسقاطِ الشهادة. هٰكذا حكاه الرُّوْيَانِيُّ عن القَفَّالِ، وذكره جماعةٌ، منهم البغويُّ في «كتاب اللعان» أن شهادة المقذوفِ على قاذِفِهِ قبلَ طَلَبِ الحَدِّ مقبولةٌ، وبعدَه لا تقبلُ؛ لِظُهورِ العَداوة.

وأنه لو شهدَ بعد الطلَب، ثم عفا، وأعادَ تلك الشهادةَ، لم تقبَلْ، كالفاسق إذا شهدَ، ثم تابَ، وأعادَ تلكَ الشهادة.

وأنه لو شهد قبلَ الطلب، ثم طلب قَبْلَ الحكم، لم يحكَمْ بشهادته، كما لو فسقَ الشاهدُ قبلَ الحكم، لٰكن في « تعليق الشيخ أبي حامد » وغيرِهِ: أَنَّ الشافعيَّ رَحِمَهُ اللَّهُ صوَّرَ العداوة الموجِبَة للردّ فيما إذا قذفَ رَجُلٌ رجلاً، أو ادَّعىٰ عليه أنه قطعَ الطريقَ عليه، وأخذَ مالَه، فيقال: يصيران عَدُوَّيْنِ، فلا تقبلُ شهادةُ أحدِهما علىٰ الآخَر، فاكتفىٰ بالقَذْف دليلاً علىٰ العداوة، ولم يتعرَّض لطَلَبِ الحَدِّ.

قال الرُّوْيَانِيُّ: لعلَّ القَفَّالَ أراد غيرَ صورة القَذْف. ثم [علىٰ] ما ذكره البغويُّ الحكمُ غيرُ منوطٍ بأَنْ يطلبَ المقذوفُ الحَدَّ؛ بل بِأَنْ يظهرَ العداوةَ، ولا شكَّ أنه لو شهدَ علىٰ رجل، فقذفه المشهودُ علَيه، لم يمنعْ ذٰلك من الحكم بشهادته، نصَّ علَيه.

فَرْعٌ: العداواتُ الدينيَّةُ لا توجِبُ رَدَّ الشهادة. بل تقبل شهادةُ المسلم[(١)] علىٰ الكافر، والسُّنِّي علىٰ المبتَدِع، وكذا من أبغضَ الفاسِقَ، لفسقِهِ، لا تردُّ شهادته عليه [١٢٦٣ / أ]. ولو قال عالِمٌ ناقِدٌ: لا تسمعوا[(٢)] الحديثَ من فلان؛ فإنه مخلِّطٌ، أو: لا تستفتوهُ؛ فإنه لا يعرفُ الفتوىٰ، لم تردَّ شهادتُهُ؛ لأن هٰذا نصيحةٌ للناس، نصَّ عليه.

فَرْعٌ: تُقبل شهادةُ العدوِّ لعدوِّه؛ إذ لا تُهمةَ.

فَرْعٌ: العصبيَّةُ أَنْ يبغضَ الرجل؛ لكونِهِ من بني فلان، فإِنِ انضمَّ إليها دعاءُ الناس، وتألُّفهم للإضرار به، والوقيعة فيه، اقتضىٰ رَدُّ شهادته عليه، ومجرَّدُ هٰذا لا يقتضيه.

وليس من العصبيّة أَن يحبَّ الرجلُ قومَه وعِتْرَتَهُ، فَتُقبل شهادتُهُ لهم، وشهادتهُم له.

وتقبلُ شهادتُهُ لصديقه ولأخيه[(٣)]، وإِنْ كان يَصِلُهُ ويبرُّهُ.

---

(١) في المطبوع: « بل يقبل للمسلم » بدل: « بل تقبل شهادة المسلم ».
(٢) في (ظ): « لا تسمعون ».
(٣) في المطبوع: « وأخيه ».



فَرْعٌ: في شهادة المبتدِع، جمهورُ الفقهاءِ من أصحابنا وغيرِهم لا يكفِّرونَ أحداً من أهلِ القبلة، لٰكن اشتهرَ عن الشافعيِّ رضي ٱلله عنه تكفيرُ الذين ينفُونَ علمَ ٱللهِ تعالىٰ بالمعدوم، ويقولونَ: ما يعلمُ الأشياءَ حتَّىٰ يخلقَها، ونقلَ العراقيُّون عنه تكفيرَ النَّافينَ(١) للرؤيةِ، والقائلينَ بخلقِ القرآنِ، وتأوَّله الإمامُ، فقال: ظَنِّي أنه ناظَرَ بعضَهم، فألزمَهُ الكفرَ في الحِجَاجِ، فقيل: إنه كفَّرهم.

قلتُ: أَمَّا تكفير منكري العلمِ بالمعدوم، أو بالجزئيات، فلا شكَّ فيه، وأما مَنْ نفىٰ الرؤيةَ، أو قال بخلقِ القرآنِ، فالمختارُ تأويلُهُ، وسننقلُ إنْ شاء ٱلله تعالىٰ عن نصِّه في «الأم» ما يؤيِّده، وهٰذا التأويلُ الذي ذكره الإمامُ حَسَنٌ، وقد تأوَّله الإمامُ الحافظُ الفقيهُ الأصوليُّ أبو بكرٍ البيهقيُّ(٢)، رضي ٱلله عنه، وآخرونَ تأويلات مُتعارضة، علىٰ أنه ليسَ المرادُ بالكفر الإخراجَ من الملَّة، وتحتّم الخلود في النار. وهٰكذا تأوَّلوا ما جاء عن جماعة من السلف من إطلاقِ هٰذا اللفظ، واستدلُّوا بأنهم لم يُلحقوهم بالكفَّار في الإرث والأنكِحة، ووجوبِ قتلهم وقتالِهم، وغير ذلكَ. **وٱلله أعلمُ.**

ثم مَنْ كفرَ من أهل البدع لا تقبلُ شهادته(٣)، وأَمَّا من لا نكفِّره(٤) مِنْ أهل البدَع والأهواء، فقد نصَّ الشافعيُّ رَحِمَهُ ٱللهُ في «الأم»، و«المختصر» علىٰ قَبول شهادتهم إلا الخَطَّابيّة(٥)، وهم: قومٌ يَرَونَ جوازَ شهادةِ أحدِهم لصاحبه إذا سمعه

---

(١) في (ظ)، والمطبوع: «الناهين».

(٢) هو الحافظ العلامة، الثَّبْتُ، الفقيه، شيخ الإسلام أحمد بن الحسين البيهقي. ولد سنة (٣٨٤ هـ). كان علىٰ سيرة العلماء، قانعاً باليسير، متجملاً في زهده وورعه، وكان من كبار أصحاب الحاكم. قال إمام الحرمين: ما من شافعيٍّ إلاَّ وللشافعي فضل عليه غير البيهقي، فإن له المنة والفضل علىٰ الشافعي لكثرة تصانيفه في نصرة مذهبه، وبسط موجزه، وتأييد آرائه. مات بنيسابور سنة (٤٥٨ هـ)، وصنف زهاء ألف جزء، منها: «السنن الكبرىٰ»، و«معرفة السنن والآثار»، و«الأسماء والصفات». له ترجمة في (سير أعلام النبلاء: ١٨ / ١٦٣ ـ ١٧٠)، وفي حاشيته مصادرها. وهٰذا العلم لم يترجمه النووي رَحِمَهُ ٱللهُ في «تهذيب الأسماء واللغات»، وهو من شرطه.

(٣) في (ظ): «شهادتهم».

(٤) في المطبوع: «لا يكفره».

(٥) **الخَطَّابيّة:** فرقة من الرافضة، ينسبون إلىٰ أبي الخطاب (محمد بن وهب الأسديّ الأجدع) وكان يأمر أصحابه أن يشهدوا علىٰ من خالفهم بالزور (تهذيب الأسماء واللغات: ٣ / ١٦٥).

وقال الشهرستاني في (الملل والنحل: ١ / ١٥٩ ـ ١٦٤): الخطَّابية: فرقة من غلاة الشيعة، تنسب=

يقولُ: لي على فلان كذا، فيصدِّقه بيمين، أو غيرها، ويشهد له؛ اعتماداً على أنه لا يكذبُ. هـٰذا نصُّه.

والأصحابُ[1] فيه ثلاثُ فرقٍ:

فرقة جرت على ظاهر نَصِّه، وقبلت شهادةَ جميعهم، وهـٰذه طريقةُ الجمهور، منهم ابْنُ القاصِّ، وابْنُ أبي هُريرةَ، والقضاةُ: ابْنُ كَجٍّ، وأبو الطيِّبِ، والرُّوْيانِيُّ، واستدلُّوا بأنهم مصيبون في زعمهم، ولم يظهرْ منهم ما يسقطُ الثقة بقولهم، وقبلَ هـٰؤلاء شهادةَ مَنْ سَبَّ الصحابةَ والسلفَ، رضي ٱلله عنهم؛ لأنه تقدّم عليه عن اعتقاد، لا عَنْ عداوة وعِنادٍ.

قالوا: ولو شهد خَطَّابِيٌّ وذكر في شهادته ما يقطعُ احتمالَ الاعتماد على قول المدَّعي بأن قال: سمعتُ فلاناً يُقِرُّ بكذا لفلان، أو رأيتُهُ أقرضَهُ، قُبلتْ شهادتُهُ.

وفرقة، منهم الشيخُ أبو حامد ومَنْ تابعه حملوا النصَّ على المخالفين [١٢٦٣ / ب] في الفروع، وردُّوا شهادةَ أهل الأهواءِ كُلِّهم، وقالوا: هم بالردِّ أَولىٰ من الفَسَقة.

وفرقة ثالثة، توسَّطوا، فردُّوا شهادةَ بعضِهم دون بعض، فقال أبو إسحاقَ: من أنكرَ إمامةَ أبي بكرٍ، رضي ٱلله عنه، رُدَّتْ شهادَتُهُ؛ لمخالفته الإجماعَ، ومَنْ فَضَّلَ عليّاً علىٰ أبي بكر رضي ٱلله عنهما لم تردَّ شهادَتُهُ. وردَّ الشيخُ أبو محمد شهادَةَ الذين يسبُّون الصحابَة، ويقذفونَ عائشةَ رضي ٱلله عنها؛ فإنها مُحْصَنَةٌ كما نطقَ به القرآنُ، وعلىٰ هـٰذا جرىٰ الإمامُ، والغزاليُّ، والبغويُّ، وهو حسَنٌ.

وفي « الرَّقْم »[2]: أن شهادةَ الخوارجِ مردودة؛ لتكفيرهم أهلَ القبلة.

قلتُ: الصوابُ ما قالَتْهُ الفرقةُ الأولىٰ وهو قبولُ شهادة الجميعِ، فقد قالَ الشافعيُّ رَحِمَهُ ٱللهُ في « الأم »: ذهب الناسُ في تأويل القرآنِ والأحاديثِ إلىٰ أمورٍ

= إلىٰ أبي الخطاب، من مزاعمه: أن الأئمة أنبياء، ثم آلهة، وقال بإلهيّة جعفر بن محمد، وإلهية آبائه، وانظر: (فتح العزيز: ١١ / ٨٢)، و(المصباح: خ ط ب).

(١) في المطبوع: « وللأصحاب ».

(٢) **الرَّقْم**: لأبي الحسن العبَّادي ولد الشيخ أبي عاصم العبَّادي.

تباينوا فيها تبايناً شديداً، واستحلَّ بعضُهم من بعض ما تطولُ حكايتُهُ، وكان ذٰلك متقادِماً، منه ما كان في عهد السَّلف إلىٰ اليوم، فلم نعلَمْ أحداً من سلفِ الأمة يُقتدىٰ به، ولا من بعدهم من التابعين رَدَّ شهادةَ أحدٍ بتأويل، وإِنْ خَطَّأه وضَلَّله، ورآه استحلَّ ما حرَّمَ ٱللهُ تعالىٰ عليه، فلا تردُّ شهادةُ أحدٍ بشيء من التأويلِ كان له وجهٌ يحتملُهُ، وإِنْ بلغ فيه استحلالَ المالِ والدم. هٰذا نصُّهُ بحروفه، وفيه التصريحُ بما ذكرناه[١]، وبيان ما ذكرناه في تأويل تكفير القائلِ بخلقِ القرآن، ولٰكن قاذِف عائشةَ رضي ٱلله عنها كافرٌ، فلا تقبلُ شهادتُهُ. ولنا وجه: أنَّ الخَطَّابِيَّ لا تقبلُ شهادتُهُ وإِنْ بينَ ما يقطعُ؛ لاحتمالِ اعتمادِهِ فيه قولَ[٢] صاحِبِهِ. **وٱلله أعلمُ**.

السببُ الرابعُ: الغَفْلَةُ، وكثرةُ الغَلط، فلا[٣] تقبلُ شهادة المُغَفَّلِ الذي لا يحفظُ، ولا يَضْبِطُ؛ فإن شهدَ مفسِّراً، وبيَّنَ وقتَ التحمُّل ومكانَه، فزالت الريبةُ عن شهادته، قُبِلَتْ.

ولا تقبلُ شهادةُ مَنْ كثر غلطُهُ ونسيانُهُ، وأمَّا الغلَطُ اليسيرُ، فلا يقدَحُ في الشهادة؛ لأنه لا يسلم منه أحد.

قال الإمامُ: ومعظمُ شهاداتِ العوامِّ يشوبُها جهلٌ وغِرَّة، فيحوج إلىٰ الاستفصال كما سبق في «آداب القضاء».

السببُ الخامسُ: أَنْ يدفعَ بالشهادة عن نفسِه عارَ الكذِب، فإن شهد فاسِق، وردَّ القاضي شهادَته، ثم تابَ بشرط التوبة، فشهادتُهُ المستأنفةُ مقبولَةٌ بعد ذٰلك، ولو أعاد تلك الشهادةَ التي رُدَّتْ، لم تقبَلْ، وقال المزنيُّ: تُقبلُ.

ولو شهد كافر، أو عبدٌ، أو صبيٌّ، فردَّتْ شهادته، ثم كمل فأعادها، قُبلت؛ لعدم تُهمتهم بدفعِ العارِ، بخلاف الفاسقِ؛ فإنه[٤] كان يُخفي فسقَه، والردُّ يظهره، فيسعىٰ في دفعِ العار بإعادةِ الشهادة، فلو كان مُعلناً بفسقِهِ حين شهدَ، ففي قَبولِ شهادته المُعادة بعد التوبة وجهان.

أصحُّهما عند الأكثرين: لا تُقبلُ أيضاً، وإنما يجيءُ الوجهانِ إذا أصغىٰ القاضي

(١) في المطبوع: «ذكرنا».
(٢) في المطبوع: «لاحتمال اعتماده وقول».
(٣) في المطبوع: «ولا».
(٤) في المطبوع: «فإن».

إلىٰ شهادته مع ظُهور فسْقِه، ثم ردَّها. وفي الإصغاء وجهانِ.

أصحُّهما، وبه قال الشيخ أبو محمد، واستحسنه الإمام: لا يصغي، كشهادة العبدِ والصبيِّ.

ولو كان الكافرُ يستتر [١٢٦٤ / أ] بكفره، وردَّت شهادته، ثم أسلمَ، وأعادَها، لم تقبَلْ علىٰ الأصحِّ.

ولو رُدَّتْ شهادتهُ؛ لعداوةٍ، فزالَتْ، وأعادَها، لم تُقْبَلْ علىٰ الأصحِّ، ويجريان فيما لو شهد لمكاتَبِهِ بمالٍ، أو لعبدِه بنكاحٍ، فردَّتْ، فأعادها بعد عِتْقهما، وأجابَ ابْنُ القاصِّ ـ هنا ـ بالقَبول. ويجريانِ فيما لو شهدَ اثنانِ من الشُّفعاء بعفو شفيعٍ ثالث قبلَ عفوِهما، فردَّت شهادتهما، ثم عَفوا، وأعاداها، وفيما شهد اثنانِ لمورِّثهما بجراحةٍ غير مُندملةٍ، فردَّت، ثم أعاداها[1] بعد الاندمال.

ولو شهد فرعانِ علىٰ شهادة أصلٍ، فردَّت شهادتُهما؛ لفسْقِ الأصلِ، فقد صارت شهادةً مردودةً. فلو تاب، وشهدَ بنفسِه، وأعادَ الفرعانِ شهادتَهما علىٰ شهادته، أو شهدَ علىٰ شهادته فَرْعانِ آخران، لم تُقبل، ولو رُدَّتْ شهادةُ الفرعَين؛ لِفِسْقهما، لم تتأثَّرْ به شهادةُ الأصْلِ.

السببُ السادِسُ: الحرصُ علىٰ الشهادة بالمبادَرة. اعلَمْ: أن الحقوقَ ضربانِ.

ضرب لا تجوزُ المبادرةُ إلىٰ الشهادة عليه.

وضربٌ تجوزُ، وتسمَّىٰ الشهادَة علىٰ هـٰذا الثاني علىٰ وجهِ المبادَرة شهادةَ حِسْبَةٍ، فحيثُ لا تجوزُ، فالمبادر[2] متَّهم، فلا تقبلُ شهادتُهُ، والمبادرةُ أَنْ يشهدَ من غير تقدُّم دعوىٰ؛ فإنْ شهد بعد دعوىٰ قَبْلَ أَنْ يستشهدَ، رُدَّتْ شهادته أيضاً علىٰ الأصحِّ؛ للتُّهمة، وإذا رَدَدْناها، ففي مصيره مجروحاً وجهانِ.

الأصحُّ: لا، وبه قطعَ أبو عاصم، وظاهِرُ هـٰذا كون الخلاف في سقوط عدالته مُطلقاً، ويؤيده أن القاضي أبا سَعْدٍ الهَرَوِيَّ، قال: الوجهان مبنيَّان علىٰ أَنَّ المبادرةَ من الصغائرِ، أم من الكبائر؟ لـٰكن منهم مَنْ يفهم كلامه اختصاص الخلاف بردِّ تلك

---

(١) في المطبوع: « أَعادها ».

(٢) المبادِر: من يشهد من غير تقدم دعوىٰ (النجم الوهَّاج: ١٠ / ٣٢٤).

الشهادة وحدَها إذا أعادها، فقد قال البغويُّ: وإذا قلنا: يصيرُ مجروحاً، لا يشترطُ استبراء حاله حتَّىٰ لو شهد في حادثةٍ أخرىٰ تقبلُ، فأشعرَ كلامه باختصاصِ الخلافِ.

فَرْعٌ: تقبلُ شهادةُ من اختبأ[1] وجلس في زاوية مُسْتخفياً[2]، لتحمُّل الشهادة، ولا تحملُ علىٰ الحِرْصِ؛ لأن الحاجةَ قد تدعو إليه، وحكىٰ الفورانيُّ قولاً قديماً: أنها لا تقبلُ، وهو شاذٌّ.

قال: وعلىٰ المشهور: يستحبُّ أن يخبرَ الخصمَ أني شهدتُ عليك؛ لئَلَّا يبادرَ إلىٰ تكذيبه، فيعزِّره القاضي.

ولو قال رجلانِ لثالث: توسَّطْ بيننا لنتحاسبَ ونتصادَقَ، ولا[3] تشهد علينا بما يجري، فهـٰذا شرطٌ باطل، وعليه أَنْ يشهدَ.

الضرْبُ الثاني: ما تقبل فيه شهادةُ الحِسْبَة[4]، وهو ما تمحَّضَ حَقّاً للهِ تعالىٰ، أو كان له فيه حقٌّ متأكّد لا يتأثر برضَا الآدميِّ.

فمنه: الطلاقُ، وأما الخُلْعُ، فأطلقَ البَغويُّ المَنْعَ فيه، وقال الإمام: يقبلُ في الفِراق دون المال، قال: ولا أبعدُ ثبوته تبعاً، ولا إثبات الفراق دون البينونة.

ومنه: العتقُ، والاستيلادُ دون التَّدْبير، ويقبلُ في العتق بالتَّدْبير، ولا يقبلُ في الكِتابة، فإنْ أَدّىٰ النجمَ الأخير، شهدَ بالعتق.

وفي شراءِ القريبِ وجهان.

أحدهما: تقبلُ شهادةُ الحِسبة فيه؛ لحقِّ ٱللهِ تعالىٰ.

وأصحُّهما: لا؛ لأنهم يشهدونَ بالملك.

ومنه: العفوُ عن القِصاص، والصحيحُ قبولُها فيه.

---

(١) في (ظ)، والمطبوع: « احتبىٰ » المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٣٤)، و(النجم الوهَّاج: ١٠ / ٣٢٥).

(٢) في (ظ)، و(النجم الوهَّاج: ١٠ / ٣٢٥)، والمطبوع: « مُحْتبياً »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٣٤).

(٣) في المطبوع: « فلا ».

(٤) **الحسبة**: اسم من الاحتساب، وهو طلبُ الأجر (النجم الوهَّاج: ١٠ / ٣٢٥).

ومنه: الوصيةُ والوقْفُ إذا كانا لجهةٍ عامةٍ، فإن كان لجهةٍ خاصَّةٍ، فالأصحُّ المنعُ، ونقله الإمامُ عن الجمهور؛ [١٢٦٤ / ب] لتعلقه بحظوظٍ خاصَّة.

ومنه: تحريمُ الرضاعِ والنسبِ، وفي النسبِ وجهٌ.

ومنه: بقاءُ العِدَّة وانقضاؤها، وتحريمُ المصاهرة، وكذا الزكوات والكفَّارات، والبلوغ والإسلام، والكفر والحدود التي هي حقوقٌ للهِ تعالىٰ، كالزِّنىٰ، وقطع الطريق، وكذا السرقة علىٰ الصحيح، لـٰكن الأفضل في الحدود السترُ.

ومنه: الإحصانُ والتعديلُ.

وأمَّا ما هو حقٌّ آدميٍّ، كالقِصاص، وحَدِّ القذفِ، والبيوع، والأقارِير، فلا تقبلُ فيه شهادة الحِسْبَةِ، فإنْ لم يعلم صاحب الحقِّ بالحقِّ، أخبره الشاهدُ حتَّىٰ يدَّعي ويستشهده، فيشهد[١].

وقيل: تقبلُ شهادةُ الحسبة في الدِّماء خاصَّةً.

وقيل: تقبلُ في الأموال أيضاً.

وقيل: تقبلُ إنْ لم يعلمِ المستحق بالحقِّ، والصحيحُ: المنعُ مطلقاً.

فَرْعٌ: ما قبلَتْ فيه شهادةُ الحسبة، هل تُسمعُ فيه دعوىٰ الحسبة ؟ وجهان.

أحدهما: لا، وبه قطعَ القَفَّالُ في « الفتاوىٰ »؛ لأن الثبوتَ بالبينةِ، وهي غنيَّةٌ عن الدعوىٰ.

وقال القاضي حُسين: تسمعُ؛ لأن البينةَ قد لا تساعد، وقد يرادُ استخراج الحقِّ بإقرار المدَّعىٰ عليه.

فَرْعٌ: شُهودُ الحِسْبَة يجيئونَ إلىٰ القاضي، ويقولون: نشهدُ علىٰ فلان بكذا، فأحضِرْه؛ لنشهدَ عليه، فإنِ ابتدؤوا، وقالوا: فلانٌ زَنَىٰ، فهم قَذَفَةٌ.

وفي « الفتاوىٰ »: أنه لو جاء رجلان، وشهدا بأَنَّ فلاناً أخو فلانة من الرّضاع، لم يكفِ، حتَّىٰ يقولا: وهو يريدُ أَنْ ينكِحها.

---

(١) في المطبوع: « فليشهد ».

وأنه لو شهِدَ اثنان بطلاقٍ، وقضىٰ القاضي بشهادتِهما، ثم جاء آخرانِ يشهدان بأخوَّةٍ بين المتناكِحَين، لم تقبَلْ هـٰذه الشهادة؛ إذْ لا فائدة لها في الحال، ولا بكونهما قد يتناكحان بعدُ.

وأنَّ الشهادةَ علىٰ أنه أعتقَ عبده؛ إنما تسمعُ إذا كان المشهودُ عليه يسترقّه، وهـٰذه الصورة تفهمكَ أنَّ شهادة الحِسبة إنما تسمعُ عند الحاجة.

ولو جاء عبدانِ لرجل، فقالا: إنَّ سيدَنا أعتق أحدَنا، وقامت بينةٌ بما يقولان، سُمعت، وإن كانت الدعوىٰ فاسدةً؛ لأن البينةَ علىٰ العِتق مستغنيةٌ عن تقدُّم الدعوىٰ.

فَصْلٌ: شهادةُ الأَخرسِ إنْ لم يَعْقِلِ الإشارةَ مردودةٌ، وكذا إِنْ عَقَلَها علىٰ الأصحِّ عند الأكثرين، فعلىٰ هـٰذا: يعتبر في الشاهد سوىٰ الشروط الستة كونُهُ ناطِقاً، وذكر الصَّيْمَرِيُّ أنه لا تقبل شهادة محجور عليه بالسَّفَهِ، فإنْ كان كذٰلك، زادَ شرطٌ ثامِنٌ.

فَصْلٌ: في أُمورٍ لا تمنعُ الشهادةَ، وفيها خلاف لبعض العلماء.

منها: شهادة البَدَوي علىٰ القَرَوِيِّ، وعكسه مقبولةٌ، وكذا شهادةُ المحدود في القَذْفِ وغيرِه بعد التوبة مقبولَةٌ في جنس ما حدَّ فيه[1] وفي غيره، وتقبلُ شهادةُ ولدِ الزِّنىٰ، ويجوزُ أَنْ يكون قاضياً.

فَصْلٌ: في التوبة، قد سبقَ أَنَّ مَنْ لا تقبلُ شهادتُهُ لمعصية، تُقبلُ إذا تابَ، وظهر إعراضُهُ عَمَّا كان عليه، قال الأصحابُ: التوبةُ تنقسِمُ إلىٰ توبةٍ بين العبدِ وبينَ ٱللهِ تعالىٰ، وهي التي يسقطُ بها الإثمُ، وإلىٰ توبة في الظاهرِ، وهي تتعلَّقُ بها عَوْدُ الشهادةِ والوِلاياتِ.

أَمَّا الأولىٰ، فهي أن يندمَ علىٰ ما[2] فعل، ويتركَ فعله في الحال، ويعزمَ [١٢٦٥ / أ] أن لا يعودَ إليه. ثم إنْ كانت المعصيةُ لا يتعلَّق بها حقٌّ ماليٌّ لله تعالىٰ ولا للعباد، كقُبلةِ الأجنبيةِ، ومباشرتها فيما دونَ الفَرْجِ، فلا شيءَ عليه سوىٰ ذٰلك، وإن تعلَّقَ بها حَقٌّ ماليٌّ، كمنعِ الزكاةِ، والغَصْبِ، والجناياتِ في أموال الناسِ، وجبَ مع ذٰلك تبرئة الذمةِ عنه؛ بأَنْ يؤديَ الزكاة، ويردَّ أموالَ الناسِ إِنْ

---

(١) كلمة: « فيه » ساقطة من المبطوع.
(٢) كلمة: « ما » ساقطة من (أ)، والمطبوع.

بقيت، ويغرَمَ بدلها إن لم تَبْقَ، أو يستحلَّ المستحِقَّ، فيبرئه. ويجب أن يعلمَ المستحقَّ إنْ لم يعلَمْ به، وأَنْ يوصلَه إليه إنْ كان غائباً إنْ كان غصَبه منه هناك؛ فإنْ مات، سلَّمه إلىٰ وارثِهِ، فإن لم يكن له وارث[1]، وانقطع خبرُهُ، دفعَهُ إلىٰ قاضٍ، تُرضىٰ سيرته ودِيانته، فإن تعذَّر، تصدَّقَ به علىٰ الفقراء بنية الغرامة له إن وجده، ذكره العَبَّادي في « الرَّقْم »، والغزاليُّ في غير كتبه الفقهيَّة.

وإنْ كان مُعسِراً، نوىٰ الغرامة إذا قَدَرَ، فإنْ مات قبل القُدْرة، فالمرجوُّ مِنْ فضلِ ٱلله تعالىٰ المغفرةُ.

قلتُ: ظواهِرُ السُّننِ[2] الصحيحةِ، تقتضي ثبوتَ المطالبة بالظُّلامة، وإن ماتَ معسِراً عاجزاً، إذا كان عاصِياً بالتزامها، فأمَّا إذا استدانَ في مَوضِعٍ[3] يباحُ له الاستدانةُ، واستمرَّ عجزُهُ عن الوفاء حتَّىٰ مات، أو أتلفَ شيئاً خطأً، وعَجَزَ عن غرامته حتَّىٰ مات، فالظاهرُ أن هـٰذا لا مطالبةَ في حَقِّه في الآخِرَةِ؛ إذ لا معصيةَ منه، والمرجوُّ أَنَّ ٱلله تعالىٰ يعوِّضُ صاحبَ الحقِّ، وقد أشارَ إلىٰ هـٰذا إمامُ الحرمين في أول « كتاب النكاح ».

وتباحُ الاستدانةُ لحاجةٍ في غيرِ معصيةٍ ولا سَرَفٍ إذا كان يرجو الوفاءَ من جهةٍ، أو سَببٍ ظاهِرٍ. **وٱللهُ أعلمُ.**

وإن تعلق بالمعصية حَقٌّ ليس بماليٍّ؛ فإنْ كان حَدّاً لله [تعالىٰ]؛ بأَنْ زنىٰ، أو شربَ، فإن لم يظهَرْ عليه، فله أَنْ يظهرَه، ويُقِرَّ به؛ ليقامَ عليه الحَدُّ، ويجوزُ أَنْ يسترَ علىٰ نفسه، وهو الأفضلُ، فإنْ ظَهَرَ، فقد فات السَّتْرُ، فيأتي الإمامَ؛ ليقيمَ عليه الحَدَّ، قال ابْنُ الصبَّاغ: إلَّا إذا تقادَمَ عليه العهدُ، وقلنا: يسقطُ الحَدّ.

وإنْ كان حقّاً للعبادِ، كالقِصاصِ، وحَدِّ القذفِ، فيأتي المستحقَّ، ويمكِّنه مِنَ الاستيفاء، فإنْ لم يعلمِ المستحقّ، وجبَ في القصاص أَنْ يعلمَه، فيقول: أنا الذي قتلتُ أباكَ، ولزمني القصاصُ؛ فإِنْ شئتَ، فاقتصَّ، وإنْ شئتَ فاعْفُ.

---

(١) في (ظ): « فإنْ لم يكن وارثاً ».
(٢) في (أ): « السنَّة ».
(٣) في المطبوع: « مواضع ».

وفي حَدِّ القذف سبقَ في « كتابِ[1] اللِّعان » خلافٌ في وجوبِ إعلامِه، وقطع العَبَّاديُّ، وغيرهُ هنا: بأنه يجب إعلامُهُ، كالقصاص.

وأمَّا الغِيبة إذا لم تبلُغِ المغتابَ، فرأيتُ في « فَتَاوىٰ الحَنَّاطِيِّ » أنه يَكفيه الندمُ والاستغفارُ، وإن بلغَتْهُ، أو طردَ طارِد قياسَ القِصاص والقذف فيها، فالطريقُ أَنْ يأتيَ المغتابَ، ويستحلَّ منه، فإن تعذَّرَ لموتِهِ، أو تعسَّر لِغَيبته البعيدة، استغفرَ ٱللهَ تعالىٰ، ولا اعتبارَ بتحليلِ الورثة، هٰكذا ذكره الحَنَّاطِيُّ، وغيرُهُ.

قال العَبَّادِيُّ: والحَسَدُ كالغِيبة، وهو أَنْ يهوىٰ زوالَ نعمةِ الغير، ويُسَرَّ ببليته، فيأتي المحسودَ ويخبره بما أضمره، ويستحلّه، ويسأل ٱلله تعالىٰ أَنْ يزيلَ عنه هٰذه الخصلة. وفي وجوب الإخبار عن مجرَّدِ الإضمار بُعْدٌ[2].

قلتُ: المختارُ [١٢٦٥ / ب] ؛ بل الصوابُ أنه لا يجبُ إخبارُ المحسودِ؛ بل لا يستحَبُّ، ولو قيل: يكرهُ لم يبعُدْ. وهل يكفي الاستحلالُ من الغِيبة المجهولة، أم يشترطُ معرفتها للعافي ؟ فيه وجهانِ[3] سَبَقا في « كتاب الصلح ». **وٱللهُ أعلمُ**.

فَرْعٌ: لو قَصَّرَ فيما عليه من دَيْنٍ، ومَظْلَمَةٍ، وماتَ المستحقُّ، واستحقَّهُ وارِث بعد وارِث، [ثم مات] ولم يوفِّهم، فَمَنْ يستحقُّ المطالبة به في الآخِرة ؟ فيه أوجه.

أرجحُها، وبه أفتىٰ الحَنَّاطِيُّ: أنه صاحبُ الحقِّ أوّلاً.

والثاني: أنه آخِرُ مَنْ مات مِنْ ورثتِهِ، أو ورثةِ ورثتِهِ وإِنْ نزلوا.

والثالث، ذكره العَبَّادِيُّ في « الرَّقْمِ »: أنه يكتبُ الأجر لكلِّ وارث مدةَ حياته، ثم بعدَه لمن بعدَه.

ولو دفع إلىٰ بعضِ الوارثين عند انتهاء الاستحقاقِ إليه، خرجَ عن مَظْلَمة الجميع فيما سَوَّفَ، وماطَلَ[4].

---

(١) في المطبوع: « كتب ».
(٢) في المطبوع: « بعيد ».
(٣) قال الدَّميري في (النجم الوهَّاج: ١٠ / ٣٣٤): « ورجَّح في الأذكار ص (٤٤٠) الاشتراط؛ لأن الإنسان قد يسمح بالعفو من غير بيان غيبة دون ما إذا كانت معينة، وكلام الحليمي يقتضي الجزم بالأول ».
(٤) في المطبوع: « ومطل ».

وأمَّا التوبةُ في الظاهر، فالمعاصي تنقسمُ إلىٰ فعليّة وقوليّة.

أَمَّا الفعليةُ، كالزِّنىٰ، والسرقة، والشُّرْبِ، فإظهارُ التوبةِ منها لا يكفي في قَبول الشهادة، وعَوْد الولاية؛ بل يختبرُ مدةً يغلبُ علىٰ الظن فيها أنه قد أصلحَ عملَهُ وسريرتَهُ، وأنه صادِق في توبته، وفي تقديرِ هٰذه المدة أوجُهٌ.

الأكثرون: أنها سَنَةٌ.

والثاني: ستة أشهر، ونسبوه إلىٰ النصِّ.

والثالث: لا يتقدَّر بمدة، إنما المعتبرُ حصولُ غلبة الظنِّ بصدقه، ويختلف ذٰلك بالأشخاصِ، وأماراتِ الصدْقِ، وهٰذا اختيار الإمامِ، والعبَّادِيِّ، والغزاليِّ.

وأمَّا القولية، فمنها القذْفُ، ويشترطُ في التوبةِ منه القولُ، كما أن التوبةَ من الردَّة بكلمتَي الشهادةِ. قال الشافعيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: التوبةُ منه إكذابُهُ نفسَه، فأخذ الإصْطَخْرِيُّ بظاهره، وشرط أنْ يقولَ: كذبْتُ فيما قذفْتُ، ولا أعودُ إلىٰ مثله. وقال الجمهورُ: لا يكلَّف أَنْ يقولَ: كذبْتُ، فربَّما كان صادِقاً، فكيف نأمرُهُ بالكذب؟! ولٰكن يقول: القذفُ باطل، وأَنا[1] نادم علىٰ ما فعلتُ، ولا أعودُ إليه، أو يقول: ما كنتُ مُحقّاً في قذفي، وقد تُبتُ منه، ونحو ذٰلك. وسواء في هٰذا القذفُ علىٰ سبيل السبِّ والإيذاءِ، والقذفُ علىٰ صورة الشهادةِ إذا لم يتمَّ عددُ الشهودِ، إنْ قلنا بوجوبِ الحَدِّ علىٰ مَنْ شَهِدَ، فإن لم نوجِبْ، فلا حاجةَ بالشاهِدِ إلىٰ التوبة. ويشبهُ أَنْ يشترطَ في هٰذا الإكذابِ كونهُ عند القاضي.

ثم إذا تاب بالقولِ، فهل يستبرئ المدةَ المذكورةَ إذا كان عَدْلاً قبلَ القَذْفِ؟ ينظر: إنْ كان القذفُ علىٰ صورة الشهادة لم يشترطْ علىٰ المذهب، وإن كان قذفَ سَبٍّ وإيذاءٍ، اشترطَ علىٰ المذهب.

واعلم: أَنَّ اشتراطَ التوبة بالقول في القذفِ مُشْكِلٌ، وإلحاقُهُ بالردَّة ضعيفٌ؛ فإنَّ اشتراطَ كلمتَي الشهادة مطردٌ في الردَّة القوليّة والفعليَّة؛ كإلقاءِ المصحف في القاذورات.

ثم مُقتضىٰ ما ذكروه في القذف أَنْ يشترط التوبة بالقول في سائر المعاصي

---

(١) في المطبوع: « وإني ».

القوليّة، كشهادةِ الزُّور، والغِيبة، والنَّميمة، وقد صرَّح صاحب « المهذَّب » بذلك في شهادة الزُّور، فقال: التوبةُ منها أَنْ يقول: كذبْتُ فيما فعلتُ، ولا أعودُ إلىٰ مثله[١].

فُروعٌ: لو قذفَ، وأتىٰ ببيِّنة علىٰ زِنَىٰ المقذوف، فوجهانِ، حكاهما الإمامُ[٢].

أحدهما: لا تقبلُ شهادته؛ لأنه ليس [١٢٦٦ / أ] له أَنْ يَقْذِفَ، ثم يقيمَ البينةَ؛ بل كان ينبغي أَنْ يجيءَ مجيء الشهود.

والصحيح: القَبُولُ؛ لأن صِدْقَهُ قد تحقَّقَ بالبيِّنة، وكذا الحكم لو اعترفَ المقذوفُ، وكذا لو قذفَ زوجتَه ولاعَنَ. وسواء في رَدِّ الشهادة، وكيفيَّة التوبةِ قَذَفَ مُحْصَناً، أو غيره حتَّىٰ لو قذفَ عَبْدَ نفسِه، رُدَّتْ شهادتُهُ، ويكفي تحريمُ القذف سبباً للردِّ. وشاهدُ الزور يستبرئُ، كسائر الفَسَقَة، فإذا ظهر صلاحُهُ، قُبلَتْ شهادتُهُ في غير تلك الواقعة، ومَنْ غَلِطَ في شهادة لا يشترطُ استبراؤُه، وتقبلُ شهادته في غير واقعةِ الغلَط، ولا تقبلُ فيها.

قلتُ: التوبةُ من أصول الإسلام المهمَّة، وقواعِدِ الدِّين، وأول منازلِ السالكين، قال ٱلله تعالىٰ: ﴿ وَتُوبُوٓاْ إِلَى ٱللَّهِ جَمِيعًا أَيُّهَ ٱلْمُؤْمِنُونَ ﴾ [النور: ٣١] فالتوبةُ من المعصية واجبةٌ علىٰ الفَور بالاتفاقِ، وقد تقدَّمت صفتُها.

وتصحُّ التوبةُ من ذنبٍ وإنْ كان مُلابِساً ذنباً آخَرَ، مُصِرّاً عليه.

ولو تاب من ذنبٍ، ثم فعله مرةً أخرىٰ، لم تَبْطُلِ التوبةُ؛ بل هو مطالَبٌ بالذنب الثاني دون الأول ولو تكرَّرت التوبةُ، ومعاودةُ الذَّنب، صحَّتْ، هٰذا مذهب أَهْلِ[٣] الحق في المسلمين خلافاً للمعتزلة.

قال إمام الحرمين في « الإرشاد »: والقتلُ الموجِب للقَوَدِ تصحُّ التوبةُ منه قبل تسليمِ القاتِل نفسَه؛ ليقتصَّ منه، فإذا ندمَ، صحَّتْ توبتُهُ في حَقِّ ٱلله تعالىٰ، وكان منعُهُ القصاصَ من مستحقِّه معصيةً مجددة، ولا يقدحُ في التوبة؛ بل يقتضي توبةً منها.

---

(١) انظر: (المهذب: ٥ / ٦٢٥).
(٢) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٦٠٦).
(٣) كلمة: « أهل » ساقطة من المطبوع.

ومَنْ تابَ عن معصية، ثم ذكرها، قال الإمام القاضي أبو بكرِ بْنُ الباقِلاني[1] رَحِمَهُ اللَّهُ : يجبُ عليه تجديدُ الندَم عليها كُلَّما ذكرها؛ إذ لو لم يندَمْ، لكان مُستهيناً بها، وذٰلك ينافي الندَمَ. واختار إمامُ الحرمين: أنه لا يجبُ، ولا يلزمُ مِنْ ذِكرها بلا نَدَم الاستهانةُ؛ بل قد يذكرُ، ويعرضُ عنها.

قال القاضي: وإذا لم يجدِّدِ التوبة كان ذٰلك معصيةً جديدةً، والتوبةُ الأولىٰ صحيحةٌ؛ لأن العبادةَ الماضيةَ لا ينقضُها شيء بعد فراغها.

قال: فيجبُ تجديدُ توبةٍ عن تلك المعصيةِ، وتجبُ توبةٌ مِنْ تركِ التوبة إذا حكمنا بوجوبها.

قال الإمام: وإذا أسلم الكافرُ، فليس إسلامُهُ توبةً عن كُفره، وإنما توبته ندمُهُ علىٰ كفره، ولا يتصوَّرُ أَنْ يؤمنَ ولا يندمَ علىٰ كفره؛ بل تجبُ مقارنةُ الإيمان للندمِ علىٰ الكفر، ثم وزْرُ الكُفر يسقطُ بالإيمان، والندمِ علىٰ الكفر بالإجماع، هٰذا مقطوعٌ، وما سواه من ضُروب التوبة، فَقَبوله مظنونٌ، غيرُ مقطوع به.

وقد أجمعتِ الأمةُ علىٰ أنَّ الكافر إذا أسلمَ، وتابَ عن كفره، صحَّتْ توبتُهُ، وإن استدامَ معاصِيَ أُخَر، هٰذا كلام الإمام، وهٰذا الذي قاله إنَّ القَبولَ مَظنون هو الصحيحُ.

وقال جماعة من متكلِّمي أصحابنا: هو مقطوعٌ. **واللهُ أعلمُ**.

فَصْلٌ: إذا حكم القاضي بشهادة اثنَين، ثم بانَ له أنهما كانا عبدَين، أو كافرَين، أو صبيَّين، أو امرأتَين، نقضَ حكمه؛ لأنه تيقَّنَ الخطأ، كما لو حكم باجتهادِهِ، فوجدَ النصَّ خلافه، ولو بانَ ذٰلك لقاضٍ آخَرَ نَقَضَهُ أيضاً.

---

(١) هو محمد بن الطيب المعروف بـ ابن الباقلاني. إمام، علامة، ثقة، بارع، مجدد. ولد في البصرة سنة (٣٣٨ هـ). قال عنه القاضي عياض: هو الملقب بـ: « سيف السنة، ولسان الأمة »، المتكلم علىٰ لسان أهل الحديث، وطريق أبي الحسن الأشعري، وإليه انتهت رئاسة المالكية في وقته، مات سنة (٤٠٣ هـ) وصنف في الرد علىٰ الرافضة والمعتزلة والخوارج والجهمية والكَرَّامية. من تصانيفه: « الإنصاف فيما يجب اعتقاده ولا يجوز الجهل به »، و« كشف أسرار الباطنية »، و« التمهيد في الرد علىٰ الملحدة والمعطلة والخوارج والمعتزلة ». انظر ترجمته في (صفحات مشرقة من تاريخ أعلام الأمة للمحقق ص: ٥٠٠ ـ ٥٠٣)، وهٰذا العلم لم يترجمه العلامة النووي في « تهذيب الأسماء واللغات »، وهو من شرطه.



فإن قيل: قد اختلفَ العلماءُ في شهادةِ العبد، فكيف نقض الحكم في مَحَلِّ الاختلاف[١] والاجتهاد؟ فالجواب أَنَّ [١٢٦٦ / ب] الصورة مفروضةٌ فيمن لا يعتقدُ الحكمَ بشهادة العبدِ وحكم بشهادة مَنْ ظنّهما حرَّين، ولا اعتدادَ بمثل هٰذا الحُكم، ولأنه حكمٌ يخالفُ القياسَ الجَليَّ؛ لأن العبدَ ناقصٌ في الولايات، وسائِرِ الأحكامِ، فكذا الشهادة.

وإنْ بانَ أنه حكمَ بشهادة فاسِقَين، نقضَ حكمه علىٰ الأظهر، وقيل: قطعاً.

ولو شهد عَدلانِ، ثم فسقَا قبل أَنْ نحكمَ بشهادتهما، لم نحكُمْ بها قطعاً؛ لأن الفِسْقَ يخفىٰ غالباً، فربَّما كانا فاسقَين عند الشهادة. ولو ارتدَّا قبل الحكم، لم يحكمْ علىٰ الصحيح؛ لأنها توقع ريبة، وقيل: لا يؤثِّرُ حدوثُها بعد شهادتهما[٢].

وقال الدَّارَكِيُّ: إن ارتدَّ إلىٰ كفر يَسْتَسِرُّ أهله به، فكالفسق، وإلَّا فلا يؤثِّرُ.

ولو شهدا في حَدٍّ، أو مالٍ، ثم ماتا، أو جُنَّا، أو عَمِيَا، أو خَرِسا، لم يَمْنَعْ حدوثُ هٰذه الأحوال الحكمَ بشهادتهما؛ لأنها لا توهِم ريبةً فيما مَضىٰ. ويجوزُ وقوعُ التعديل بعد حُدوثها. ولو فسقَ الشاهدان، أو ارتدّا بعد الحكم بشهادتهما، وقبل الاستيفاءِ، فهو كرجُوع الشاهِدَين بعد الحكم، وقبل الاستيفاء، وفيه خلافٌ وتفصيلٌ سنذكره في بابه إنْ شاءَ ٱلله تعالىٰ، والمذهبُ أنه لا يؤثر في المالِ؛ بل يستوفىٰ.

فَرْعٌ[٣]: قال القاضي بعد الحكم بشهادة شاهدَين: قد بانَ لي أنهما كانا فاسقَين، ولم تظهر بيِّنةٌ بفسقهما، قال الغزاليُّ في « الفتاوىٰ »: إذا لم يتّهمْ في قضائه بعلمه مكِّنَ من ذٰلك أيضاً.

قال: ولو قال: أكرهني السلطانُ علىٰ الحكمِ بقولهما، وكنتُ أعرِفُ فسقَهما، قُبِلَ قولُه من غير بَـيِّنة الإكراهِ.

ولو بانَ بالبيِّنة أَنَّ الشاهدَين كانا والدَين للمشهودِ له، أو ولَدَين، أو عَدُوَّين للمشهودِ عليه، نقضَ الحكم. وبٱلله التوفيقُ.

✍ ✍ ✍

---

(١) في (أ): « الخلاف ».

(٢) في (أ): « سماعهما » بدل: « شهادتهما ».

(٣) في (أ): « فروع ».



البابُ الثاني
في العَدَدِ والذُّكورة

قولُ الشاهدِ الواحدِ لا يكفي الحكمُ به إلاَّ في هلالِ رمضانَ علىٰ الأظهرِ، وأَمَّا القضاءُ بشاهدٍ ويمينٍ، وإنْ قلنا علىٰ وجه: إنَّ القضاءَ بالشاهد، فليس فيه اكتفاءٌ بشاهدٍ؛ بل يشترطُ معه اليمينُ.

ثم الشهاداتُ ثلاثةُ أضرُبٍ:

الأول: الشهادة علىٰ الزِّنىٰ، فلا تثبتُ إلاَّ بأربعة رجالٍ، وتثبت الشهادةُ علىٰ الإقرار بالزِّنىٰ برجلَين علىٰ الأظهر، وفي قول: يشترطُ أربعةٌ.

ولا يثبتُ اللِّواطُ، وإتيانُ البهيمة إلاَّ بأربعةٍ علىٰ المذهب، ويثبتُ القذْفُ بشاهدَين علىٰ المشهور، ونقل أبو عاصم قولاً غريباً [1] في اشتراط أربعةٍ.

فَرْعٌ: سَبق في السرقة أنه يشترطُ في الشهادة علىٰ الزِّنىٰ أَنْ يذكروا التي زنىٰ بها، وأَن يذكروا الزِّنىٰ مفسّراً، فيقولون: رأيناه[2] أدخل ذَكَرَهُ، أو قَدْرَ الحَشَفَةِ منه في فَرْجِ فلانةٍ علىٰ سبيل الزِّنىٰ. ولا يكفي إطلاقُ[3] الزِّنىٰ، فقد يظنُّونَ المُفَاخذة زِنىً، وقد تكونُ الموطوءَةُ جاريةَ ابنه، أو مشترَكةً بينه وبين غيره، بخلاف ما لو ادَّعت وطءَ شُبهة، وطلبتِ المهرَ؛ فإنه يكفي الشهادةُ علىٰ الوطء. ولا يشترطُ قولهم: رأينا ذٰلك منه في ذٰلك منها؛ لأن المقصودَ هناك المالُ، فلم يلزمْ هـٰذا الاحتياط.

---

(١) في المطبوع: « قريباً »، تحريف.

(٢) في المطبوع: « رأينا ».

(٣) في المطبوع: « إطلاقه ».

وقد وقع في كلام الغزاليِّ، وغيرِهِ: أن الشاهدَ يقول: رأينا ذَكَره في فَرْجها كالمِرْوَدِ في المُكْحُلَةِ، وهـٰذا التشبيهُ زيادةُ بيانٍ، وليس بشرطٍ، صرَّح به القاضي أبو سَعْدٍ[1].

فَرْعٌ: هل يجوزُ [١٢٦٧ / أ] النظرُ إلىٰ الفَرْجِ لتحمّلِ شهادة الزِّنَىٰ، أو وِلادةٍ، أو عَيبٍ باطن، أم لا، وإنما يشهدُ عليها[2] عند وقوعِ النظرِ إليه اتفاقاً؟ فيه أوجه، سبقَتْ في أول « النكاح »: الأصحُّ المنصوصُ: الجوازُ.

والثاني: المنعُ.

والثالث: المنعُ في الزّنىٰ دون غيره.

والرابع: عكسه.

الضَّرْبُ الثاني: ما ليس بمالٍ، ولا يقصدُ منه مالٌ:

فإن كان عقوبة، لم تثبُتْ إلاَّ برجلَين، سواء فيه حَقُّ ٱللهِ تعالىٰ، كحدِّ الشُّرب، وقطع الطريقِ، وقتلِ الردَّة، وحقُّ العبادِ، كالقصاص في النفس، أو الطَّرَف، وَحدِّ القذفِ. والتعزيرُ كالحَدِّ، ولا مدخلَ لشهادة النساء فيها.

وإنْ كان غيرَ عقوبة، فهو نوعانِ.

أحدهما: يطَّلعُ عليه الرجالُ غالباً، فلا يقبلُ فيه إلاَّ رجلانِ، وذٰلك كالنكاحِ، والرجعةِ، والطلاقِ، والعِتَاق، والإسلامِ، والردَّة، والبلوغِ، والإِيلاء، والظهارِ، والإعسارِ، والموتِ، والخُلْع من جانب المرأة، والولاءِ، وانقضاءِ العِدَّة، وجَرْحِ الشهود، وتعديلِهم، والعفو عن القصاصِ، والإحصان، والكفالةِ، والشهادة برؤية هلالِ غيرِ رمضانَ، والشهادةِ علىٰ الشهادةِ، والقضاء، والولاية إنِ اشترطْنا فيهما الشهادة، والتدبيرِ، والاستيلادِ، وكذا الكتابة علىٰ الصحيح، وقيل: تثبتُ الكتابة برجلٍ وامرأتَين.

ومنه: الوكالةُ، والوصايةُ وإنْ كانتا من المال؛ لأنهما وِلاية وسَلْطنة.

---

(١) هو الهروي.
(٢) في المطبوع: « عليه ».

ومنه: القِرَاض، وكذا الشركة على الأصحِّ، وقيل: تثبتُ برجلٍ وامرأتَين.

النوع الثاني: ما لا يطَّلعُ عليه الرجالُ، وتختصُّ النساء بمعرفته غالباً، فيقبل فيه شهادتهُنَّ منفرداتٍ، وذٰلك كالوِلادة، والبَكَارة، والثِّيابة، والرَّتقِ، والقَرنِ، والحَيضِ، والرّضاعِ، وعَيب المرأة من بَرَصٍ، وغيرِهِ تحتَ الإزارِ، حُرّةً كانت أو أَمَةً، وكذا استهلال الولدِ على المشهور، فكلُّ هٰذا النوع لا يقبلُ فيه إلَّا أربعُ نسوةٍ أو رجلين، أو رَجُل وامرأتين.

قال البغويُّ[١]: والعيبُ في وجه الحرَّة وكفَّيها لا يثبتُ إلَّا برجلَين، وفي وجه الأَمة وما يبدو منها في[٢] المهنة يثبُتُ برجلٍ وامرأتين؛ لأن المقصودَ منه المالُ.

قال: والجراحةُ على فرجِ المرأة لا تُلحقُ بالعيب؛ لأن جنسَ الجراحة مِمَّا يَطَّلعُ عليه الرجل غالباً، هٰكذا قاله، لٰكن جنس العيب مما يطَّلعُ عليه الرجال غالباً، لٰكن لا يطَّلعون على العيب الخاصِّ، وكذا هٰذه الجراحة.

قلتُ: الصوابُ إلحاقُ الجِراحة على فَرْجها بالعيوب تحتَ الثياب، وعجب من البغويِّ كونه ذكر خلافَ هٰذا، وتعلق بمجرَّدِ الاسمِ. **واللهُ أعلمُ.**

الضَّرْبُ الثالثُ: ما هو مالٌ، أو المقصودُ منه مال، كالأعيانِ والدُّيون، والعقودِ الماليَّة، فيثبتُ برجلَين، وبرجلٍ وامرأتَين، ولا يثبتُ بنسوةٍ منفرداتٍ، فمن هٰذا الضرْبِ: البيعُ، والإقالة، والإجارة، والردُّ بالعيب، والحَوالةُ، والضمانُ، والصلحُ، والقرضُ، والشُّفعة، والمسابقةُ، وخيول[٣] المسابقة، والغصبُ، والإيلاءُ، والوصيةُ بمال، والمهرُ في النكاح، ووطءُ الشبهة، والجناياتُ التي لا توجبَ إلَّا المالَ، كقتلِ الخطأ، وقتل الصبيِّ والمجنون، وقتلِ الحُرِّ العبدَ، والمسلمِ الذميَّ، والوالدِ [١٢٦٧ / ب] الولدَ، والسرقة التي لا قطع فيها، وكذا حُقوقُ الأموال، والعقود، كالخيار، وشرط الرَّهْن، والأجل، وفي الأجل وجهٌ؛ لأنه ضربُ سَلْطنة.

---

(١) انظر: (التهذيب: ٨ / ٢١٩).

(٢) في (أ)، و(فتح العزيز: ١٣ / ٤٩): « عند ».

(٣) كذا في الأصول الخطية وفي (فتح العزيز: ١٣ / ٥١). وجاء في حاشية الأخير: « كذا، وفي بعض نسخ الشرح. وقال في القوت: الصواب: حصول كما أورده الرافعي؛ أي: في بعض النسخ الصحيحة، وأطال في ذٰلك تبعاً للمهمات ».

ومنه: قبضُ الأموال، منها نجومُ الكِتابة، وفي النجمِ الأخير وجهٌ ضعيفٌ أنه يشترطُ له رجلانِ؛ لتعلُّق العتقِ به.

ومنه: الرهنُ والإبراءُ على الصحيحِ فيهما.

ومنه: طاعةُ الزوجة لاستحقاقِ النفقةِ، وقتلُ الكافر لاستحقاقِ السَّلَب، وإِدمان[1] الصيد، لتملُّكه، وعَجْز المكاتَب عن النجوم.

ومنه: الوقفُ، وفي ثبوتِهِ برجلٍ وامرأتين ما سنذكره في الباب الرابع إن شاء ٱللهُ تعالىٰ في ثبوته بشاهد ويمين.

ولو مات سيدُ المدبَّرِ، فادَّعَىٰ الوارثُ أنه كان رجعَ عن التدبير، وقلنا: يجوزُ الرجوعُ، ثبتَ برجُلٍ وامرأتَين.

ولو ادَّعَىٰ رقَّ شخص، أو ادَّعَىٰ جاريةً في يد غيره أنها أُمُّ ولد، ثبتَ برجلٍ وامرأتين.

ولو توافق الزوجانِ علىٰ الطلاق، وقال الزوجُ: طلقتُكِ علىٰ كذا، وقالت: بل مجَّاناً، ثبت[2] دعواهُ برجل وامرأتين. وكذا لو قال لعبده: أعتقتُكَ بكذا، فقال: بل[3] مجاناً.

ولو توافقا علىٰ النكاح، واختلفا في قَدْرِ المهرِ، أو صِفته، أو علىٰ الخُلع، واختلفا في قَدْرِ العِوَض، أو صِفَتِهِ، ثبتَ برجل وامرأتين. وكذا لو توافقَ السيدُ والعبدُ علىٰ الكتابة، واختلفا في قَدْرِ النُّجوم، أو صِفَتها. والإقرارُ بكلِّ ما يثبتُ برجلَين يثبتُ برجلِ وامرأتَين، وفسخُ العقودِ الماليَّة يثبتُ برجُلٍ وامرأتين، وفسخُ الطلاق لا يثبت إلاَّ برجُلَين.

فَرْعٌ: الخُنثىٰ المُشْكِلُ، كالمرأةِ في الشهادة.

فَرْعٌ: لو شهدَ بالسرقة رجلٌ وامرأتانِ، ثبتَ المالُ، وإنْ لم يثبتِ القطعُ، وحُكي قولٌ: أنه لا يثبتُ المال، كما لو شهدَ بقتلِ العمدِ رجلٌ وامرأتانِ؛ فإنه لا يثبتُ الدية كما لا يثبتُ القصاص، والمشهورُ: الأولُ.

---

(١) في (أ): « وأزمان ».

(٢) في المطبوع: « تثبت ».

(٣) كلمة: « بل » ساقطة من المطبوع.

ولو شهد رجلٌ وامرأتانِ علىٰ صَدَاقٍ في نكاح، ثبتَ الصداقُ؛ لأنه المقصودُ.

ولو علّق طلاقَ امرأته، أو عِتْقَ عبدهِ علىٰ الولادة، فشهدَ بالولادة أربعُ نسوةٍ ثبتت الولادةُ دون الطلاق والعِتْق، وكذا لو علَّقهما علىٰ الغَصْب والإتلافِ، فشهدَ بهما رجلٌ وامرأتان ثبتَ الغصبُ والإتلافُ، ولا يقعُ الطلاقُ والعِتق، كما سبق في « كتاب الصوم » أنَّا إذا أثبتْنا هلالَ رمضان بَعْدلٍ، لا يحكمُ بوقوعِ الطلاق والعتقِ المعلَّقين برمضانَ، ولا بحلول الدَّين المؤجَّل به. هـٰذا إذا تقَدَّم التَعليقُ، فلو ثبتَ الغصبُ أوَّلاً برجل وامرأتين، وحكمَ الحاكم به، ثم جرىٰ التعليقُ، فقال لها: إِنْ كنتِ غصبتِ، فأنتِ طالِق، وقد ثبتَ غصبها برجل وامرأتين وقعَ الطلاقُ، هـٰكذا قاله ابْنُ سُرَيْجٍ وجمهورُ الأصحاب، وقياسُه أن يكون الحكمُ هـٰكذا في التعليق برمضانَ.

وحكىٰ الإمامُ عن حِكاية شيخِهِ[1] وجهاً: أنه لا يقعُ.

فَصْلٌ: إذا ادَّعَىٰ علىٰ إنسان مالاً، وشهدَ له به اثنانِ، نُظِرَ:

إنْ كان عَيناً وطلبَ المدَّعي الحيلولةَ بينهما وبين المدَّعَىٰ عليه إلىٰ أَنْ يُزَكَّىٰ الشاهدان، أُجيبَ إليه علىٰ الأصحِّ، وقيل: لا يجابُ، وقيل: يجابُ [١٢٦٨ / أ] إِنْ كان المالُ مِمَّا يخافُ تلفه أو تَعيُّبه، وإن كان عَقاراً ونحوَه، فلا. وإِنْ كان المدَّعَىٰ ديناً، لم يستوف قبلَ التزكية، وقيل: يُستوفىٰ ويوقَف، حكاه ابْنُ القَطَّان، والصحيحُ: الأولُ، فلو طلبَ المدَّعي أَنْ يحجرَ علىٰ المدَّعىٰ عليه، نقل الإمامُ عن الجمهور: أنه لا يجيبُهُ، وعن القاضي حُسين: أنه إنْ كان يتَّهمه بحيلةٍ حجرَ عليه؛ لئَلاَّ يضيعَ ماله بالتصرُّفات والأقارير، ولم يتعرَّض عامة الأصحاب للحَجْرِ، لـٰكن قالوا: هل يحبسُ المدَّعَىٰ عليه إذا كان المُدَّعىٰ ديناً، فيه وجهان، قال البغويُّ: أصحُّهما: نَعَمْ، فإنْ قلنا: لا، فللمدَّعي ملازمتُهُ إلىٰ أَنْ يعطيَه كفيلاً وأُجرةَ مَنْ يبعثُهُ القاضي معهما للتكفيل علىٰ المدَّعي.

وإنْ كان المُدَّعىٰ قِصاصاً، أو حَدَّ قذفٍ، حبسَ المشهود عليه؛ لأن الحقَّ متعلّق ببدنه، فيحتاط له.

قلتُ: قال البغويُّ: سواءٌ قذفَ زوجتَه، أو أجنبيّاً. **واللهُ أعلمُ**.

---

(١) **الإمام**: هو أبو المعالي الجُويني، **وشيخُه**: هو والده أبو محمد الجُويني.

ولا يحبسُ في حُدودِ ٱلله تعالىٰ، وأمَّا في دعوىٰ النكاحِ، فتعزل[1] المرأة عند امرأةٍ ثقة، وتمنعُ من الانتشار والخروج، وفيه وجه ضعيف، فعلىٰ هـٰذا الوجه: هل يؤخذُ منها كفيلٌ ؟ وجهان، قال القاضي أبو سَعْدٍ: فإنْ كانت المرأة مزوَّجةً، لم يمنعْ منها زوجها قبل التعديل؛ لأنه ليس مُدَّعًى عليه.

ولو شهد اثنانِ لعبد بأنَّ سيدَه أعتقه، وطلب العبدُ الحيلولةَ قبلَ التزكية، أجابه[2] القاضي، وحالَ بينه وبين سيدِه، ويؤجرهُ، وينفقُ عليه، فما فَضَلَ، فموقوفٌ بينه وبين السيدِ، فإنْ لم يكن له كسْبٌ، أنفقَ عليه من بيت المال، ثم يرجعُ علىٰ سيدهِ إنْ بانَ جَرْحُ الشهود، واستمرَّ الرقُّ، وكذا الأعيانُ المنتزعَةُ يؤجرها، وهل تتوقف الحيلولة علىٰ طلبِ العبدِ ؟ وجهانِ.

الأصحُّ: لا؛ بل إذا رأىٰ الحاكمُ الحيلولة، فَعَلَها، وفي الأَمَةِ تتحتَّمُ الحيلولة؛ احتياطاً للبُضْعِ. وكذا لو ادَّعتِ المرأةُ الطلاقَ، وأقامَتْ شاهدَين، فَرَّقَ الحاكم بينهما قبل التزكيةِ، والوجهانِ في اشتراط طلب [العبد] للحيلولة جاريان في انتزاعِ العَين المُدَّعاة، ويقربُ منها وجهانِ، حكاهما ابْنُ كَجٍّ في أَن إجارة العَبدِ هل تفتقرُ إلىٰ طلبِ السيدِ أو العبدِ، أم يؤجره بغير طلبهما ؟ والثاني أقربُ إلىٰ ظاهر النصّ، هـٰذا كُلُّهُ إذا أقامَ المُدَّعي شاهدَين، فلو أقام شاهداً، وطلبَ الانتزاع قبلَ أَنْ يأتيَ بآخَرَ، هل [يجابُ] ؟ قولان.

أظهرهما عند الجمهور: لا؛ لأن الشاهدَ وحده ليس بحجَّة، وفي الشاهدَين تَمَّتِ الحُجَّةُ، وهل يحبسُ المُدَّعَىٰ عليه في القِصاص والقذفِ بشاهدٍ ؟ فيه القولانِ، ويجري فيه الخلافُ في دعوىٰ النكاحِ تعديلاً، ثم تكفيلاً إنْ لم يعدل، وفي دعوىٰ العتقِ والطلاقِ هل يُحَالُ ؟ فيه القولانِ.

ثم ذَكر العراقيونَ، والرُّوْيَانِيُّ: أن الحيلولةَ والحبسَ قبلَ التعديل يتعيَّنان إلىٰ ظهور الأمرِ للقاضي بالتزكية أو الجَرْحِ، ولا تقدر [له] مدة، والحيلولةُ والحبسُ بشاهد إذا قلنا به لا يُزادانِ علىٰ ثلاثةِ أيام. وعن أبي إسحاقَ: أنه لا حيلولةَ،

---

(١) في الأصول الخطية: « فتعدل »، المثبت من (فتح العزيز: ١٣ / ٥٤).

(٢) في المطبوع: « أَجَّله »، تحريف.



ولا حبسَ [١٢٦٨ / ب] إذا كان الشاهدُ الآخَرُ غائباً لا يحضُرُ إلَّا بعد ثلاثةِ أيام، وإنما مَحَلُّ القولين إذا كان قريباً، والمذهبُ ما سبقَ.

فَرْعٌ: قال البَغَويُّ[1]: إذا حالَ القاضي بين العبدِ وسيدِهِ، أو انتزعَ العينَ المدَّعاة بعد شهادة الشاهدَين وقبلَ التزكِية، لم يَنْفُذْ تصرُّفُ المتداعِيين فيه، لٰكن لو أقرَّ أحدُهما بالموقوفِ لآخرَ، أو أوصىٰ به، أو دَبَّرهُ، أو أعتقَه، انتظرْنا ما يستقرُّ عليه الأمرُ آخِراً.

وحكىٰ القاضي أبو سَعْدٍ وجهَين في نُفوذ تصرُّفه، وصوَّره فيما إذا حَجَرَ القاضي علىٰ المشهود عليه في المشهود به؛ فإن أراد بالحَجْرِ الحيلولةَ، حصَلَ الخلافُ، وإن أرادَ التلفُّظَ بالحَجْر أشعرَ ذٰلك باشتراط الحَجْر القوليِّ في امتناع التصرُّف.

قال: وإذا قامت البينةُ، وحصلَ التعديلُ، والقاضي ينظرُ في وجه الحكم، فينبغي أَنْ يحجرَ عليه في مدة النظرِ، فإِنْ حجرَ لم ينفذ تصرفه.

قال البغوي[2]: وقبلَ الحيلولةِ والانتزاع لا ينفذُ تصرفُ المدَّعي، وينفذ تصرُّفُ المدَّعَىٰ عليه، إِنْ قلنا: إنَّ طلبَ المدَّعي شرطٌ في الوقف، وإلَّا فوجهانِ.

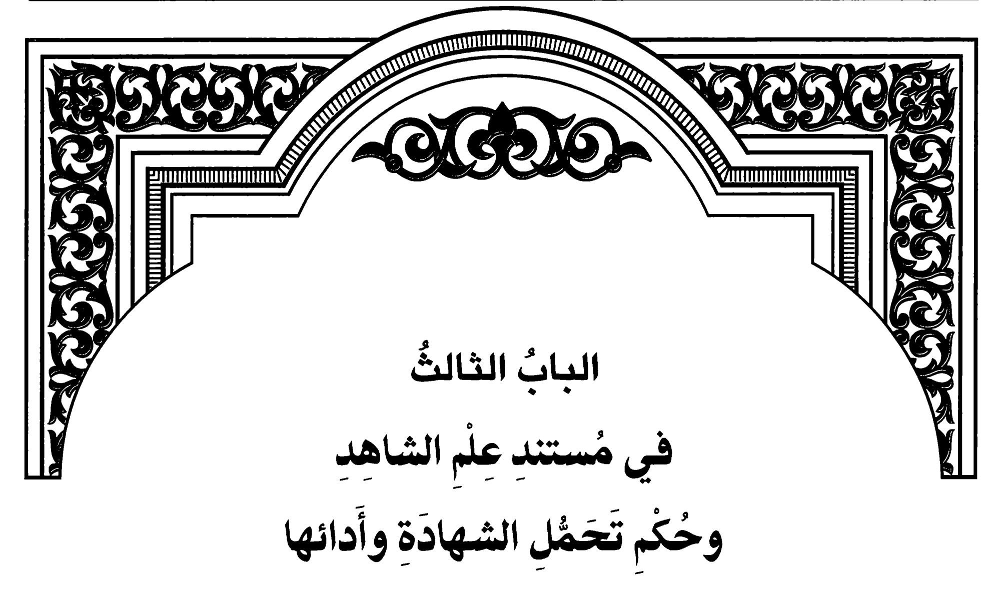
فَرْعٌ: الثمرةُ والغَلَّةُ الحادثان بعد شهادة الشاهدَين وقبلَ التعديلِ تكونُ للمدَّعي، وبين شهادةِ الشَّاهِدِ[3] الأول والثاني[4] لا يكونُ للمدَّعي إلَّا إذا أرَّخَ الثاني ما شهدَ به بيوم شهادةِ الأول[5] أو بما قبلَه، فإِنِ استخدمَ السيدُ العبدَ المُدَّعيَ للعتق بين شهادةِ الأولِ والثاني علىٰ قولنا: لا يحالُ بينهما، وشهدَ الثاني هٰكذا، لزمَهُ أجرةُ المِثْلِ. وبٱلله التوفيقُ.

✍ ✍ ✍

---

(١) انظر: (التهذيب: ٨ / ٣١٣).
(٢) انظر: (التهذيب: ٨ / ٣١٤).
(٣) كلمة: « الشاهد » ليست في المطبوع.
(٤) في المطبوع: « وشهادة الثاني » بدل: « والثاني ».
(٥) في المطبوع زيادة: « أولاً ».





البابُ الثالثُ
في مُستندِ عِلْمِ الشاهِدِ
وحُكْمِ تَحَمُّلِ الشهادَةِ وأَدائها

فيه ثلاثةُ أطراف:

الأول: فيما يحتاجُ إلىٰ الإبصارِ، والأصلُ في الشهادة البناءُ علىٰ العلم واليقين، لٰكن من الحقوق ما لا يحصلُ اليقينُ فيه، فأقيمَ الظنُّ المؤكَّد فيه مَقَامَ اليقين، وجوّزت الشهادة بناءً علىٰ ذٰلك الظنِّ، كما سيأتي، إنْ شاءَ ٱللهُ تعالىٰ، وقد قسَّم الشافعيُّ والأصحابُ رحمهمُ ٱللهُ المشهودَ به ثلاثةَ أقسامٍ.

أحدها: ما يكفي فيه السماعُ، ولا يحتاج إلىٰ الإبصارِ، وموضِعُ بيانه الطرفُ الثاني.

الثاني: ما يكفي فيه الإبصارُ، وهو الأفعالُ، كالزِّنىٰ، والشُّربِ، والغَصبِ، والإتلافِ، والولادةِ، والرّضاعِ، والاصطيادِ، والإحياءِ، وكون المالِ في يد الشخصِ، فيشترطُ فيها الرؤيةُ المَتعلِّقة بها وبفاعلها، ولا[1] يجوز بناءُ الشهادة فيها علىٰ السماع من الغيرِ، وتقبل فيها شهادة الأَصَمِّ.

الثالث: ما يحتاجُ إلىٰ السمع والبصَر معاً، كالأقوالِ، فلا بُدَّ من سَمَاعها، ومُشاهدة قائلها، وذٰلك: كالنكاحِ، والطلاقِ، والبيعِ، وجميعِ العقودِ، والفُسوخ، والإقرارِ بها، فلا يقبل فيها شهادةُ الأصمِّ الذي لا يسمعُ شيئاً، ولا تقبلُ شهادةُ

---

(١) في المطبوع: « فلا ».

الأعمىٰ فيما يحتاجُ إلىٰ الإبصار، ولا يصحُّ منه التحمُّل؛ اعتماداً علىٰ الصوتِ؛ فإنَّ الأصواتَ تتشابَه، ويتطرَّق [١٢٦٩ / أ] إليها التَّخْييل[١] والتَّلْبيس، مع أنه لا ضرورةَ إلىٰ شهادته؛ للاستغناء بالبُصَراءِ، بخلاف الوطءِ؛ فإنَّ له أَنْ يطأَ زوجَتَه؛ اعتماداً علىٰ صوتها بالإجماع للضرورة، ولأنَّ الوطء يجوزُ بالظنِّ، ولا تقبلُ شهادتُهُ علىٰ زوجته التي يطأها، كما لا تقبلُ علىٰ الأجانب؛ لأن الوطء ضرورةٌ، وقد سبقَ وجهٌ: أن العَمَىٰ لا يقدَحُ في القضاءِ، وهو مع ضَعْفه جارٍ في الشهادة، والصوابُ: المنعُ، ويُستثنىٰ عن هٰذا صورة الضَّبْطَة[٢]، وهي: أَنْ يضَعَ رجلٌ فمه علىٰ أُذنه، ويد الأعمىٰ علىٰ رأسه، فيتيقّن أنه[٣] سمعَه يُقِرُّ بطلاقٍ، أو عتقٍ، أو لرجلٍ معروفِ الاسمِ والنسبِ بمالٍ، ويتعلَّق به الأعمىٰ، ولا يزال يضبطهُ حتَّىٰ يشهدَ بما سمعَ منه عند القاضي، فتقبل هٰذه الشهادة علىٰ الصحيح؛ لحصول[٤] العلم، وقيل: لا تقبلُ؛ سَدّاً للباب مع عُسْرِ ذٰلك.

وتقبلُ روايةُ الأعمىٰ ما سمعه حالَ العَمىٰ علىٰ الصحيح، وبه قطعَ الجمهورُ إذا حصلَ الظنُّ الغالبُ بضبطه، واختار الإمامُ[٥] المنعَ، فأما ما سمعَهُ قبل العَمىٰ، فتقبلُ روايتُهُ في العَمَىٰ بلا خلافٍ.

ولو تحمَّلَ شهادةً تحتاج إلىٰ البصر، وهو بصير، ثم عَمِيَ، نُظِرَ:

إِنْ تحمَّلَ علىٰ رجلٍ معروفِ الاسمِ والنسبِ يُقِرُّ لرجل بهٰذه الصفة، فله أَنْ يشهدَ بعدما عَمِيَ، وتقبلُ لحصولِ العلم، وكذا لو عَمِيَ ويَدُ المُقِرِّ في يده، فشهدَ عليه لمعروفِ الاسمِ والنسَبِ. وإِنْ لم يكُنْ كذٰلك، لم تقبَلْ شهادتُهُ، ويجوزُ الاعتمادُ علىٰ ترجمةِ الأعمىٰ علىٰ الأصحِّ.

ولو عَمِيَ القاضي بعد سَمَاع البَيِّنة وتعديلها، ففي نُفُوذِ قضائِهِ في تلك الواقعة وجهان.

---

(١) في (أ): « التخيل ».

(٢) في (فتح العزيز: ١٣ / ٥٧): « الضَّبط »، والمضبوطُ: الإنسان الذي أمسك آخر به، وأحكم قبضته علىٰ أطرافه، بحيث لا يستطيع انفكاكاً ولا حِراكاً (حاشية نهاية المطلب: ١٨ / ٦١٥).

(٣) في المطبوع: « فينظر إِنْ » بدل: « فيتيقَّن أنه ».

(٤) في (ظ): « بحصول ».

(٥) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٦١٦).

أحدهما: لا ؛ لانعزاله بالعمَىٰ، كما لو انعزلَ بسببٍ آخَرَ.

وأصحُّهما: نَعَمْ، إنْ لم يَحْتَجْ إلىٰ الإشارة، كما لو تحمَّلَ الشهادة وهو بصير، ثم عَمِيَ.

وأمَّا شهادة الأعمىٰ فيما يَـثْـبُتُ بالاستفاضةِ، فسيأتي في الطرف الثاني، إنْ شاءَ ٱللهُ تعالىٰ.

فَصْلٌ: إذا شاهدَ فِعْلَ إنسانٍ، أو سمعَ قولَه؛ فإنْ كان يعرفُهُ بعَينِهِ، واسمه ونسبه، شهدَ عليه عند حضوره بالإشارة إليه، وعند غَيبته وموتِهِ باسمه ونَسَبه، فإن كان يعرفُهُ باسمِهِ واسمِ أبيه دون جَدِّه، قال الغزاليُّ: يقتصرُ عليه في الشهادة، فإنْ عرفه القاضي بذٰلك، جازَ، وكان يحتمل أَنْ يقالَ: هٰذه شهادةٌ علىٰ مجهول، فلا تصحُّ، كما سبقَ في القضاء علىٰ الغائِب أَنَّ القاضي لو لم يكتُبْ إلَّا أني حكمتُ علىٰ محمدِ بْنِ أحمدَ، فالحكمُ باطِل.

وقد ذكر الشيخ أبو الفَرَجِ: أنه إذا لم يعرفْ نسبه قَدْر ما يحتاج إلىٰ رفعه، لا يَحِلُّ له أنْ يشهدَ إلَّا بما عرفَ، لٰكن الشهادة والحالة هٰذه لا تفيدُ.

وقال الإمامُ[(١)]: لو لم يعرفْهُ إلَّا باسمه لم يتعرَّضْ لاسم أبيه، لٰكن الشهادة علىٰ مجرّدِ الاسم قد لا تنفعُ في الغَيبة، وبالجملة لا يشهدُ بما لا معرفَةَ له به.

ولو سمعَ اثْنَين يشهدانِ أَنَّ فلاناً وكَّلَ هٰذا الرجل في بيع داره، وأَقَرَّ الوكيلُ بالبيع، شهدَ علىٰ إقراره بالبيع، ولم يشهَدْ بالوكالة. وكتب القَفَّال في مثله: أنه يشهدُ علىٰ شاهدي الوكالة، كأنهما[(٢)] أشهداه علىٰ شهادتهما.

ولو حَضَرَ عقدَ نكاحٍ زعمَ الموجبُ أنه وليُّ المخطوبة، أو وكيلُ وليِّها وهو لا يعرفه وليّاً [١٢٦٩ / ب]، ولا وكيلاً، أو عرفَ الولاية، أو الوكالةَ، ولم يعرف رِضا المرأة، وهي ممَّن يُعتبرُ رضاها، لم يشهَدْ علىٰ أنها زوجتُهُ، لٰكن يشهدُ أَنَّ فلاناً أنكحَ فلانةً فلاناً، وقَبِلَ[(٣)]: فلان، فإن لم يعرفِ المرأة بنسبها لم يشهَدْ إلَّا أن فلاناً

(١) انظر: نهاية المطلب: ١٨ / ٦١٧ ـ ٦١٨).
(٢) في المطبوع: « وكأنهما ».
(٣) في المطبوع: « وقيل »، تصحيف.

قال : زوَّجتُ فلانةً فلاناً، وإن كان يعرفُ المشهود عليه بعينه دون اسمِهِ ونسَبه، شهدَ عليه حاضِراً لا غائباً؛ فإن مات أحضر ليشاهدَ صورته، ويشهدَ علىٰ عينه، فإنْ دفنَ، لم ينبَشْ، وقد تعذَّرت الشهادة عليه، هٰكذا قاله القاضي حُسَين، وتابعه الإمامُ[1]، والغزاليُّ، لٰكن استثنىٰ الغزاليُّ ما إذا اشتدَّتِ الحاجةُ إليه، ولم يَطُلِ العهدُ بحيثُ يتغيَّرُ منظرُهُ، وهٰذا احتمالٌ ذكره الإمام[2]، ثم قال: والأظهرُ ما ذكره القاضي.

وإنْ لم يعرفِ اسمه ونسبه، لم يكن له أَنْ يعتمدَ قوله: إنه فلان ابن فلان، لٰكن لو تحمَّلَ الشهادة وهو لا يعرفُ اسمَه ونسبَه، ثم سمعَ الناسَ يقولون: إنه فلان ابن فلان، واستفاضَ ذٰلك، فله أَنْ يشهَد في غَيبته علىٰ اسمه ونسبه، كما لو عرفهما عند التحمُّل.

ولو قال له عَدْلانِ عند التحمُّل أو بعده: هو فلانُ ابن فلان، قال الشيخُ أبو حامد: له أَنْ يعتمدَهما، ويشهدَ علىٰ اسمه ونسبه، وهٰذا مبنيٌّ علىٰ جوازِ الشهادةِ علىٰ النسَبِ مِنْ عَدْلَين، وفيه خلافٌ يأتي إِنْ شاءَ ٱللهُ تعالىٰ.

فَرْعٌ: كما أَنَّ المشهودَ عليه تارةً تقعُ الشهادة علىٰ عَينه، وتارةً علىٰ اسمِهِ ونسَبِهِ، فكذٰلك المشهودُ له، فتارةً يشهدُ أنه أقرَّ لهٰذا، وتارةً لفلان ابن فلان، وكذا عند غَيبة المشهودِ له.

وإذا شهدَ الشاهدانِ أَنَّ لهٰذا علىٰ فلانِ ابن فلانٍ الفلانيّ كذا، فقال الخصمُ: لستُ فلان ابن فلان الفلاني، ففي « فَتَاوىٰ القفَّال » أن علىٰ المدَّعي البَـيِّنة أَنَّ اسمَه ونسبه ما ذَكَراهُ[3]، فإن لم يكن بَـيِّنة، حلَّفه، فإنْ نَـكَلَ، حلفَ واستحقَّ[4].

وإنْ سلمَ ذٰلك الاسم والنسب، فادّعىٰ أَنَّ هناك مَنْ يشارِكُه فيهما، لم يقبَلْ منه حتَّىٰ يُقيمَ البَـيِّنة علىٰ ما يدَّعيه، فإن أقامها احتاجَ إِلىٰ إِثباتِ زيادةٍ يمتازُ بها المُدَّعىٰ عليه عَنِ[5] الآخَر، وهٰذا كما سبق في « كتاب القاضي » إذا بلغ المكتوب إليه،

---

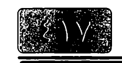
(١) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٦١٧).

(٢) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٦١٧).

(٣) في (ظ)، والمطبوع: « أَنَّ علىٰ المدعي بينة أن اسمه فلان ونسبه ما ذكراه »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٦١).

(٤) في (أ) زيادة: « به ».

(٥) في المطبوع: « علىٰ ».



وأحضرَ مَنْ زعمَ المدَّعي أنه المحكوم عليه، ولتكن الصورةُ فيما إذا ادَّعىٰ أنه يستحقُّ علىٰ هـٰذا الحاضر كذا، واسمُه ونسبُه كذا، أو أنه يستحقُّ علىٰ من اسمُه ونسبُه كذا، وهو هـٰذا الحاضر، وأقام البينةَ بالاستحقاق علىٰ فلان ابن فلان، فيستفيدُ بها مطالبة الحاضر إِنِ اعترفَ أنه فلان ابن فلان، أو يقيم بَـيِّنة أخرىٰ علىٰ الاسم والنسب إن أمكنَ، ثم يطالبه، وإلاَّ فكيفَ يدَّعي علىٰ فلان ابن فلان مِنْ غيرِ أَنْ يربطَ الدعوىٰ بحاضر ؟ !

وفي « الفتاوىٰ » أيضاً: أنه لو أحضرَ رجلاً عند القاضي، وقال: إنَّ هـٰذا أقرَّ لفلان ابن فلان بكذا، وأنا ذٰلك المُقَرُّ له، فقال الرجل: نعم [أقررتُ]، لـٰكن هنا، أو بموضع آخَرَ رجلٌ آخَرُ بهـٰذا الاسمِ والنسبِ، وإنما أقررتُ له، لزمَهُ إقامةُ البَـيِّنة علىٰ ما يدَّعيه، فإذا أقامَها، سئل ذٰلك الآخَرُ ؟ فإِنْ صَدَّقه، دُفِعَ المقَرُّ به إليه، ويحلفه[1] الأولُ علىٰ أنه لا شيء له عليه، وإنْ كذَّبه، فهو للمدَّعي، وإنْ قال: هناك رجلٌ آخَرُ بهـٰذا الاسمِ والنسبِ، وأنا أقررْتُ لأحدِهما لا أعلم عَيْنه، وأقام البينةَ [١٢٧٠ / أ] برجل آخر، سئلَ ذلكَ الآخَرُ ؟ فإنْ قال: لا شيء لي[2] عليه، فينبغي أَنْ يجبَ عليه التسليم إلىٰ الأول كما لو كانت عنده وديعة، فقال: هي لأحدِكما، ولا أدري أنها لأيكما، فقال أحدُهما: ليست لي؛ فإنها تكون للآخَر، وإنْ صدَّقه الآخَر، فهو كما في صورة الوديعة إذا قال كُلُّ واحد: هي لي، وقد حكينا في « الوكالة » فيما لو وكّلَ رجلاً بالخصومة؛ بناءً علىٰ اسمٍ ونسبٍ ذكره أنه لا بُدَّ من بيِّنة علىٰ أنه وكيله فلان ابن فلان، أو علىٰ أن الذي وكَّله عند القاضي [هو] فلان ابن فلان.

وحَكَينا عن القاضي حُسَين: أن هـٰذه المسألة يكتفي القضاةُ فيها بالعَدَالة الظاهرة، ويتساهلونَ في البحث والاستزكاءِ.

وعن القاضي أبي سَعْدٍ الهَرَوِيِّ: أنه يكتفىٰ فيها بمعرّف واحدٍ، وكل واحد من هـٰذين الكلامين ينبغي أَنْ يعودَ هنا حيثُ احتيج إلىٰ إثبات كونِهِ فلان ابن فلان.

فَصْلٌ: المرأةُ المتنقِّبة لا يجوزُ الشهادةُ عليها؛ اعتماداً علىٰ الصوت، كما

---

(١) في المطبوع: « ويحلف ».
(٢) في أصل (ظ): « له ».

لا يجوزُ أَنْ يتحمَّلَ الأعمىٰ؛ اعتماداً علىٰ الصوت، وكذا البصير في الظلمة، أو من وراءِ حائلٍ صفيقٍ، والحائلُ الرقيقُ لا يمنعُ علىٰ الأصحِّ.

وإذا لم يَجُزِ التحمُّلُ بالصوتِ؛ فإن عرفها متنقِّبةً باسمها، ونسبها، أو بعينها لا غيرَ، جازَ التحمُّلُ، ولا يَضُرُّ النقابُ، ويشهدُ عند الأداءِ بما يعلمُ، فإن لم يعرِفْها، فلتكشِفْ عن وجهها؛ ليراها الشاهِدُ، ويضبطَ حِلْيَتها وصورتَها، ليتمكَّنَ من الشهادة عليها عند الحاجة إلىٰ الأداء، وتكشف وجهها حينئذ.

ولا يجوز التحمُّل بتعريفِ عَدْلٍ أو عدلَين أنها فلانة بنت فلان، فإنْ قال عَدْلانِ: [نشهد أنَّ][1] هـٰذه فلانة بنت فلان تُقِرُّ بكذا، فهما شاهدا الأصل، والذي يسمع منهما[2] شاهدُ فرع يشهدُ علىٰ شهادتِهما عند اجتماع الشروط.

ولو سمعه مِنْ عَدْلٍ واحد، شهدَ علىٰ شهادته، والشهادةُ علىٰ الشهادة والحالةُ هـٰذه تكونُ علىٰ الاسمِ والنسَبِ دون العَين، هـٰذا ما ذكره أكثر المتكلِّمين في المسألة.

وفيه وجه ثانٍ عن الشيخ أبي محمد: أنه يكفيه لتحمُّلِ الشهادةِ عليها مُعَرِّفٌ واحدٌ؛ سلوكاً به مسلكَ الإخبار، وبهـٰذا قال جماعةٌ من المتأخِّرين، منهم القاضي شُرَيْحٌ[3] الرُّوْيَانِيُّ[4].

ووجه ثالث: أنه يجوزُ التحمُّل إذا سمع مِنْ عَدْلَين أنها فلانة بنت فلان، ويشهدُ علىٰ اسمها ونسبها عند الغَيبة، وهـٰذا ما سبق عن الشيخ أبي حامد؛ بناءً علىٰ أنه تجوزُ الشهادةُ علىٰ النسَب بالسَّماع من عَدْلين.

ووجه رابع[5] عن الإِصْطَخْرِيِّ: أنه إذا كان يعرفُ نسَبَ امرأة، ولا يعرفُ

---

(١) قوله: « نشهدُ أَنَّ » ساقط من (ظ)، وفي المطبوع، و(أ): « يشهدان » تحريف، المثبت من (س)، وهو موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٦٢).

(٢) في (ظ): « منه ».

(٣) هو أبو نَصْر، شُرَيح بن عبد الكريم الرُّوياني، المتوفىٰ سنة (٥٠٥ هـ). له كتاب: « روضة الأحكام وزينة الحُكَّام » منه نسخة خطية في مكتبة الأسد بدمشق.

(٤) جاء في (فتح العزيز: ١٣ / ٦٣): « منهم القاضي ابن كَجٍّ والرُّويانيُّ » بدل: « منهم القاضي شُرَيح الرُّوياني ».

(٥) كلمة: « رابع » ساقطة من المطبوع.

عينَها، فدخلَ دارها، وفيها نسوةٌ سواها، فقال لابنها الصغيرِ: أَيَّتهنَّ أمُّكَ؟ أو لجاريتها: أيتهنَّ سيدتُكِ؟ فأشارا[١] إلىٰ امرأة، فسمع إقرارَها، جاز له أَنْ يشهدَ: أَنَّ فلانة بنت فلان أقرَّتْ بكذا، حكاه ابْنُ كَجٍّ عنه، ولم يجعلْ قول شاهدَين علىٰ قول الإِصْطَخْرِيِّ كإخبارِ الصغير والجارية، وادَّعىٰ أَنَّ ذٰلك أشد وقعاً في القلب وأثبت.

ولك أَنْ تقولَ: ينبغي أَنْ لا يتوقَّف جواز التحمُّل علىٰ كشف الوجه، ولا[٢] علىٰ المعرِّفِ؛ لأن مَنْ أقرتْ تحتَ نقابٍ، ورفعتْ إلىٰ القاضي والمتحمِّلُ ملازِمُها، أمكنه[٣] الشهادة علىٰ عَينها، وقد يحضرُ قومٌ يكتفىٰ بإخبارهم في التسامُع قبلَ أَنْ تغيبَ المرأة إذا لم يشترطْ في التسامُعِ طول المدّة، كما سيأتي [١٢٧٠ / ب] إنْ شاءَ ٱلله [تعالىٰ]، فيخبرونَ عن اسمها ونسبها، فيتمكَّن من الشهادة علىٰ اسمها ونسَبها؛ بل ينبغي أَنْ يقالَ: لو شهدَ اثنانِ، تَحَمَّلا الشهادةَ علىٰ امرأة لا يعرفانها، أَنَّ امرأةً حضرَتْ يومَ كذا، مجلسَ كذا، فأقرَّتْ لفلان بكذا، وشهدَ عَدلانِ أَنَّ المرأةَ الحاضرة يومئذ في ذٰلك المكان هيَ هٰذه، ثبتَ الحقُّ بالتبيين، كما لو قامتْ بينةٌ أَنَّ فلانَ ابن فلان الفلاني أَقَرَّ بكذا، وقامت أخرىٰ علىٰ [أن] الحاضرَ هو فلان ابن فلان، ثبتَ الحقُّ.

وإذا اشتملَ التحمُّلُ علىٰ هٰذه الفوائدِ، وجبَ أَنْ يجوزَ مُطلقاً.

ثم إنْ لم يحصل ما يفيدُ جوازَ التحمُّل علىٰ العين، أو علىٰ الاسمِ والنسَب، أو لم ينضمَّ إليه ما يتمُّ به الإثباتُ، فذاك لشيءٍ آخَرَ.

ويجوزُ النظرُ إلىٰ وجهها؛ لتحمُّلِ الشهادةِ، وسَماع كلامِها، وهٰذا عند الأمْنِ من الفتنة. فإنْ خافَ فتنةً، فقد سبق أنه يحرمُ النظرُ إلىٰ وجهها بلا خَلاف، فيشبه أَنْ يقالَ: لا ينظرُ الخائِفُ؛ للتحمُّل؛ لأن في غيره غُنيةً، فإنْ تعيَّنَ عليه، نَظَر، واحترَزَ.

فَرْعٌ: إذا قامت بينةٌ علىٰ عينِ رجلٍ، أو امرأةٍ بحقٍّ، وأرادَ المدَّعي أن يسجلَ له القاضي، فالتسجيلُ علىٰ العين ممتنع، لٰكن يجوزُ أَن يسجلَ بالحِلْية، ولا سبيلَ إلىٰ التسجيل بالاسم والنسَب ما لم يثبتا، ولا يكفي فيهما قولُ المدَّعِي، ولا إقرار مَنْ

---

(١) في (أ، س): « فأشار ».

(٢) في المطبوع: « لا » بدون « الواو ».

(٣) في المطبوع: « أمكن ».

قامت عليه البَيِّنة؛ لأن نسب الشخص لا يثبتُ بإقراره، فلو قامت بينةٌ علىٰ نسَبه علىٰ وجه الحِسْبة بُني علىٰ أنَّ شهادة الحِسْبة هل تقبلُ في النسَب؟ إنْ قبلناها، وهو الصحيح: أَثبتَ القاضي النسبَ، وسجَّلَ، وإن لم نقبَلْها وهو اختيار القاضي حُسين، فقال: الطريقُ هنا أَنْ ينصبَ القاضي مَنْ يدَّعي علىٰ فلان ابن فلان دَيناً، أو علىٰ فاطمةَ بنت زيدٍ، أو يدَّعيَ علىٰ زيد، ويقول: هٰذه بنتُهُ، وتركتُهُ عندَها، وينكرَ المدَّعىٰ عليه النسب، فيقيم المدَّعِي البينةَ عليه.

قال: وتجوزُ هٰذه الحِيْلَةُ للحاجة، واعترض الإمامُ[1] بأنَّ الدعوىٰ الباطلةَ كالعدَم، فكيف يجوزُ بناءُ الشهادةِ عليها؟! وكيف يأمر القاضي بها؟! لٰكن الوجه أَنْ يقال: وكلاءُ المجلس[2] يتفطّنون لمثل ذٰلك، فإذا نصَّبوا مدَّعياً لم يفحصِ القاضي، ولم يضيقْ؛ بل يسمعُ الدعوىٰ والبَـيِّنة للحاجة.

ولو أمرَ المدَّعِي الذي ثبتَ له الحقُّ بالبَيِّنة أَنْ ينقلَ الدعوىٰ عن العين إلىٰ الدعوىٰ علىٰ بنت زيد لينكرَ، فيقيم البَيِّنة علىٰ النسَبِ، كان أقربَ من نَصْب مُدَّعٍ جديدٍ، وأمره بدعوىٰ باطلة.

فَرْعٌ: عن « فَتَاوىٰ القَفَّالِ »: شهد الشهودُ علىٰ امرأةٍ باسمها ونسبها، ولم يتعرَّضوا لمعرفةِ عينها، صحَّتْ شهادتهم، فإن سألهم الحاكمُ: هل تعرفون عينَها؟ فلهم أَنْ يسكتوا، ولهم أَنْ يقولوا: لا يلزمُنا الجوابُ عن هٰذا.

الطرف الثاني: فيما تجوزُ الشهادةُ فيه بالتسامُعِ، وهو الاستفاضةُ:

فمنه: النسَبُ، فيجوزُ أَنْ يشهدَ بالتَّسامُع أَنَّ هٰذا الرجلَ ابنُ فلان، أو هٰذه

(١) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٦١٨ ـ ٦١٩).

(٢) قال الأستاذ الدكتور عبد العظيم الديب في حاشيته علىٰ (نهاية المطلب: ١٨ / ٦١٩): « لم يسبق ذكر « وكلاء المجلس » ولا بيان لمن يعنيهم الإمام بذٰلك؛ بل عني بتفسير « أصحاب مسائله » وخلاف الأصحاب فيما يقصده الشافعي بهٰذا اللفظ، ولم نجد لهٰذا اللفظ « وكلاء المجلس » مفسّراً عند الغزالي في « البسيط »، أو الرافعي في « الشرح الكبير »، أو النووي في « الروضة »، ولا في أدب القضاء عند ابن أبي الدم، ولا في غير هذه من المصادر التي بين أيدينا. اللهم إلا في كتاب « روضة القضاة » للسمناني، فقد قال: « ينبغي للقاضي أن يتخذ من الوكلاء الشيوخ والكهول »، ثم ذكر صفاتهم التي ينبغي أَنْ يتحلَّوا بها، ولٰكنه لم يبين مهامهم وأعمالهم، والفرق بينهم وبين المستخلفين ـ إنْ كانوا ـ وبين أصحاب مسائله. انظر: روضة القضاة وطريق النجاة: ١٢٢ ».

المرأةُ، إذا عَرفَها بعينها، بنتُ فلان، أو أنهما من قبيلة [كذا]، ويثبتُ النسبُ من الأُمِّ بالتسامُعِ أيضاً علىٰ الأصحِّ، وقيل: قطعاً، كالأب، ووجْهُ المنع: إمكانُ رؤية الولادة. ثم ذكر الشافعيُّ والأصحابُ رحمهم ٱللهُ في صفة التسامُع: أنه ينبغي أَنْ يسمعَ الشاهدُ المشهودَ بنسَبه، [١٢٧١ / أ] فينسب إلىٰ ذٰلك الرجل، أو القبيلة، والناسُ ينسبونه إليه، وهل يعتبر في ذٰلك التكرّر، وامتداد مدة السماع ؟ قال كثيرون: نَعَمْ، وبهـٰذا أجابَ الصَّيْمَرِيُّ، وقال آخرونَ: لا، بل لو سمعَ انتساب الشخص[1]، وحضرَ جماعة لا يرتابُ في صدقهم، فأخبروه بنسَبه دفعةً واحدةً، جاز له الشهادةُ. ورأىٰ ابْنُ كَجٍّ القطعَ بهـٰذا، وبه أجاب البغويُّ في انتسابه بنفسِه، فإنْ قلنا بالأول، فليست المدةُ مقدَّرة بسنةٍ علىٰ الصحيح، ويعتبرُ مع انتسابِ الشخصِ، ونِسبةِ الناس أَنْ لا يعارضَهما[2] ما يورثُ تُهمة، ورِيبة، فلو كان المنسوبُ إليه حيّاً، وأنكرَ، لم تَجُزِ الشهادةُ، وإنْ كان مجنوناً، جازَت علىٰ الصحيح، كما لو كان ميتاً. ولو طعنَ بعضُ [الناس] في ذٰلك النسَبِ، هل يمنعُ جواز الشهادة ؟ وجهان.

أصحهما: نَعَمْ، لاختلالِ الظنِّ.

فَرْعٌ: يثبتُ الموتُ بالاستفاضة علىٰ المذهب، وبه قطعَ الأكثرونَ، وقيل: وجهانِ، وهل يثبتُ بها الوَلاءُ، والعِتقُ، والوقْفُ، والزوجيَّة ؟ وجهانِ.

قال الإِصْطَخْرِيُّ، وابْنُ القَاصِّ، وأبوا عليٍّ: ابْنُ أبي هريرةَ، والطبريُّ: نَعَمْ، ورجَّحه ابن الصبَّاغ.

وقال أبو إسحاقَ: لا، وبه أفتىٰ القَفَّالُ، وصحَّحه الإمام[3]، وأبو الحَسَنِ العَبَّادِيُّ، والرُّوياني، قالوا: ويستحب تجديدُ شهودِ كتب الوقفِ إذا خافَ انقراضَ الأصول.

قال في « العُدَّةِ »: هـٰذا ظاهر المذهب، لـٰكن الفتوىٰ الجواز للحاجة.

قلت: الجوازُ أقوىٰ و أصحُّ، وهو المختارُ. **وٱللهُ أعلمُ.**

---

(١) في (ظ): « شخص ».
(٢) في (ظ): « يعارضه ».
(٣) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٦٠٨).

فَرْعٌ: في[1] المعتبر في الاسْتفاضَةِ أوجُهٌ:

أصحُّها: أنه يشترطُ أَنْ يسمَعَهُ من جَمْعٍ كثيرٍ يقعُ العلمُ، أو الظنُّ القويُّ بخَبرهم، ويُؤمن تواطؤُهم علىٰ الكذب، وهـٰذا هو الذي رجَّحه الماوَرْدِيُّ، وابْنُ الصبَّاغ، والغزاليُّ، وهو أشبه بكلام الشافعيِّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

والثاني: يكفي عَدْلانِ، اختاره أبو حامد، وأبو حاتِمٍ[2]، ومال إليه الإمام[3].

والثالثُ: يكفي خبرُ واحدٍ إذا سكنَ القلبُ إليه، حكاه السَّرْخَسِيُّ، وغيرهُ، فعلىٰ الأول: ينبغي أن لا يشترطَ العدالة، ولا الحرّية، والذكورة.

فَرْعٌ: لو سمعَ رجلاً يقولُ لآخَرَ: هـٰذا ابني، وصدَّقَه الآخَرُ، أو قال: أنا ابنُ فلان، وصدَّقه فلانٌ، قال كثير من الأصحاب: يجوزُ أَنْ يشهدَ به علىٰ النسَب، وكذا لو استلحقَ صبيّاً، أو بالغاً، وسكَتَ؛ لأن السكوتَ في النسب، كالإقرار.

وفي « المهذَّب » وجهٌ: أنه لا يشهدُ عند السكوتِ إلاَّ إذا تكرَّرَ عنده الإقرارُ، والسكوتُ. والذي أجاب به الإمامُ، والغزاليُّ: أنه لا تجوزُ الشهادةُ علىٰ النسَب بذٰلك؛ بل يشهدُ والحالة هـٰذه علىٰ الإقرار، وهـٰذا قياس ظاهر.

فَصْلٌ: الشهادةُ علىٰ المِلْكِ تنبني علىٰ ثلاثة أمورٍ، وهي اليدُ، والتصرُّفُ والتسامُعُ.

فأمَّا اليدُ فلا تُفِيدُ بمجرَّدها جوازَ الشهادة علىٰ المِلك، لـٰكن إذا رأىٰ الشيء في يده، جازَ أن يشهد له باليد، وشرط البغويُّ[4] لذٰلك أَنْ يراه في يده مدةً طويلةً. وحكىٰ الإمامُ قولاً: أنه تجوز[5] الشهادة بالملك بمجرَّد اليد[6]، والمشهور: الأول.

وأمَّا التصرُّف المجرَّدُ، فكاليدِ المجرَّدة، لا يفيدُ جواز الشهادة بالمِلْكِ، فإنِ

---

(١) كلمة: « في » ساقطة من المطبوع.
(٢) هو أبو حاتم القَزْويني، محمد بن الحسن الطبري. انظر: (فتح العزيز: ١٣ / ٦٩).
(٣) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٦١٣).
(٤) انظر: (التهذيب: ٨ / ٢٢٤).
(٥) في المطبوع: « أنه لا تجوز ».
(٦) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٦٠٩ ـ ٦١٣).

اجتمعَ يَدٌ وتصرُّفٌ، فإِنْ قصرتِ المدةُ، فهو كاليدِ المجرَّدة، وإِنْ طالت، ففي جواز الشهادة له بالمِلْكِ وجهان.

أصحُّهما: الجواز [١٢٧١ / ب]، صحَّحه البغويُّ[١]، ونقله الإمامُ عن اختيار الجمهور، وعن الشيخ أبي مُحمد القطع به[٢]، فلو انضمَّ إلىٰ اليدِ والتصرُّفِ الاستفاضةُ، ونسبةُ الناس المِلْكَ إليه، جازتِ الشهادةُ بالملك بلا خلاف.

ونقل الرُّوْيَانِيُّ قولاً: أنه لا تجوزُ الشهادة علىٰ المِلك حتَّىٰ يعرفَ سببه، وهو شاذٌّ ضعيف.

وأمَّا الاستفاضةُ وحدَها، فهل تجوزُ الشهادة علىٰ المِلك بها ؟ وجهان.

أقربُهما إلىٰ إطلاق الأكثرينَ: الجواز.

والظاهر: أنه لا يجوزُ، وهو محكيٌّ عن نَصِّهِ في « حَرْمَلَةَ »[٣]، واختارها القاضي حُسَين، والإمامُ، والغزاليُّ، وهو الجواب في « الرَّقْم ».

واعلم: أن جوازَ الشهادة بالملكِ بالاستفاضة مشهورةٌ في المذهب، فلعل من لا يكتفي به يكتفي بانضمام أحدِ الأمرَين من اليدِ والتصرُّف إليه، أو يعتبرُهما جميعاً، لـٰكن لا يعتبرُ طولَ المدة فيهما، إذا[٤] انضمَّا إلىٰ الاستفاضة، وإلَّا فهما كافيانِ إذا طالت المدةُ علىٰ الأصحِّ، ولا يبقىٰ للاستفاضة أَثَرٌ، ويشترطُ في جوازِ الشهادة؛ بناءً علىٰ اليد، أو اليدِ والتصرُّف أنَّ لا يعرفَ له منازعاً فيه، ونقل ابْنُ كَجٍّ وجهَين في أَنَّ مُنازعةَ من لا حجَّة معه[٥]، هل تمنعُ ؟

فَرْعٌ: طولُ مدةِ اليدِ والتصرُّف يرجعُ فيه إلىٰ العادة، وقيل: أقلُّها سنة، والصحيحُ: الأولُ.

---

(١) انظر: (التهذيب: ٨ / ٢٢٤).
(٢) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٦١٠).
(٣) قال المصنف في (تهذيب الأسماء واللغات: ١ / ٣٨٧): « وقولهم: قال في حرملة، أو نصَّ في حَرْمَلَةَ، معناه: قال الشافعيُّ في الكتاب الذي نقله عنه حَرْمَلَةُ، فسمَّىٰ الكتابَ باسم راويه مجازاً، كما يقال: قرأتُ البخاريَّ، ومُسلماً، والترمذيَّ، والنسائيَّ، وسيبويه، والزمخشريَّ، وشبههما ».
(٤) في المطبوع: « وإذا ».
(٥) في (ظ): « من لا حجة له معه ».

وعن الشيخ أبي عاصم: أنه إن زادت علىٰ عَشَرَةٍ[١]، فطويلةٌ، وفيما دونها وجهانِ، والقول في عددِ المُخْبرين هنا، وامتداد المدّة، كما سبقَ في النسَبِ.

ونقل ابْنُ كَجٍّ وجهَين في أنه: هل يشترطُ أن يقعَ في قلبِ السامعِ صِدْقُ المخبرين ؟

فَرْعٌ: ذكر ابْنُ كَجٍّ: أنه تجوزُ الشهادةُ علىٰ اليدِ بالاستفاضةِ، وقد ينازع فيه؛ لإمكان مشاهدةِ اليدِ.

فَرْعٌ: لا يكفي أَنْ يقولَ الشاهدُ: سمعتُ الناسَ يقولون: إنه لفلان، وكذا في النسَب، وإِنْ كانت الشهادةُ مبنيَّةً عليه؛ بل يشترطُ أَنْ يقولَ: أشهدُ بأنه له، وبأنه ابنُهُ؛ لأنه[٢] قد يعلم خلافَ ما سمعَه من الناس، لـٰكن عن الشيخ أبي عاصم: أنه لو شهدَ رجلٌ بالمِلْك، وآخَرُ بأنه في يدِهِ مدة طويلة يتصرف[٣] فيه بلا مُنازِع، تمَّتِ الشهادةُ. وقال الشارحُ لكلامه[٤]: هـٰذا مصيرٌ منه إلىٰ الاكتفاء بذكر السبب، والصحيحُ: الأولُ.

فَرْعٌ: سواءٌ في الشهادة علىٰ المِلك بالاستفاضةِ والتصرُّفِ؛ العقارُ، والثوبُ، والعبدُ، وغيرُها، إذا ميزَ الشهود به عَنْ أمثاله.

فَرْعٌ: التصرُّفُ المعتبرُ في الباب تصرُّفُ المُلاَّك؛ مِن السُّكْنىٰ، والدخولِ، والخروجِ، والهدمِ، والبناءِ، والبيعِ، والفسخِ بعدَه، والرَّهْنِ. وفي مجرَّد الإجارةِ وجهان؛ لأَنها وإِنْ تكرَّرت قَدْ تصدرُ مِمَّن استأجرَ مدة طويلة ومن الموصىٰ له بالمنفعة، ولْيَجْرِ هـٰذا الخلافُ في الرَّهن؛ لأنه قد يصدرُ من مستعيرٍ، والأوفقُ لإطلاقِ الأصحابِ الاكتفاء بها[٥]؛ لأن الغالبَ صدورُها مِنَ المالكين، ولا يكفي التصرُّف مدةً واحدةً؛ لأنه لا يحصل ظَنّاً.

---

(١) في (فتح العزيز: ١٣ / ٧٣): « علىٰ عشرة أيامٍ ».

(٢) في المطبوع: « لأن ».

(٣) في المطبوع: « وتصرف ».

(٤) لعلَّ الشارح القاضي أبو سَعْدٍ الهرويُّ. فهو شارح « أدب القاضي » لأبي عاصم العبَّادي. انظر: (تهذيب الأسماء واللغات: ٢ / ٥٠٢).

(٥) كلمة: « بها » ساقطة من المطبوع.

فَرْعٌ: لا يثبتُ الدَّين بالاستفاضة علىٰ الصحيح.

فَرْعٌ: في قَبول شهادةِ الأعمىٰ فيما يشهدُ فيه بالاستفاضة وجهان.

قال ابن سُرَيْجٍ والجمهورُ: تقبلُ، إلَّا أَنَّ شهادته إنما تقبلُ إذا لم يحتج إلىٰ تعيين وإشارة؛ [١٢٧٢ / أ] بأنْ يكونَ الرجلُ معروفاً باسمه ونَسَبه الأدنىٰ، ويحتاجُ إلىٰ إثبات نسَبِه الأعلىٰ.

وصور أيضاً في النسب الأدنىٰ؛ بأَنْ يصف الشخص، فيقول: الرجل الذي اسمُه كذا، وكُنيته كذا، ومُصَلّاه ومسكنُه كذا، هو فلانُ ابن فلانٍ، ثم يقيم المدَّعي بينةً أخرىٰ أنه الذي اسمه كذا، وكنيته كذا إلىٰ آخر الصفاتِ.

وصورته في المِلك: أن يشهدَ الأعمىٰ بدارٍ معروفةٍ أنها لفلانِ ابن فلان، ويمكنُ أَنْ يقال: الوجْهُ القائل بأن شهادته لا تقبلُ، مخصوصٌ بما إذا سمعَ من عدد يمكنُ اتفاقُهم علىٰ الكذب، فأما إذا حَصَلَ السماعُ من جَمْعٍ كبير، فلا حاجة فيه إلىٰ المشاهدة، ومعرفة حال المُخْبرين.

فَرْعٌ: ما جازت الشهادةُ به؛ اعتماداً علىٰ الاستفاضة، جازَ الحَلِفُ عليه؛ اعتماداً عليها؛ بل أَوْلىٰ؛ لأنه يجوزُ الحَلِفُ علىٰ خَطِّ الأب دون الشهادة.

الطرفُ الثالِثُ: في تحمُّلِ الشهادةِ وأَدائِها.

أَمَّا الأداءُ، فواجب في الجُملة، والكِتمانُ حرامٌ، ويجبُ الأداءُ علىٰ متعيّنٍ للشهادة، متحمِّلٍ لها قصداً، دُعي من دون مسافةِ العَدْوىٰ[1]، عَدْلٍ، لا عُذْرَ له، فهٰذه خمسةُ قيودٍ.

الأول: التَّعيينُ، فإنْ لم يكن في الواقعة إلاَّ شاهدانِ؛ بأَنْ لم يتحمَّل سواهما، أو مات الباقون، أو جُنُّوا، أو فسقوا، أو غابوا، لزمهما الأداءُ، فلو شهدَ أحدُهما، وامتنعَ الآخرُ، وقال للمدَّعي: احلف مع الشاهد، عصىٰ، وكذا الشاهدانِ علىٰ رَدِّ

---

(١) **مسافة العدوىٰ:** هي التي يمكن قطعها في اليوم الواحد ذهاباً ورجوعاً، ومعناه: أن يتمكن المبكر إليها من الرجوع إلىٰ منزله قبل الليل (تهذيب الأسماء واللغات: ٣ / ٣٦٣)، وانظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٥٣٦)، و(النجم الوهّاج: ١٠ / ٢٥٨ ـ ٢٥٩).

الوديعة لو امتنعا، وقالا[١] للمودع: احلف على الرَّدِّ، عَصَيا؛ لأن مِنْ مقاصِدِ الإشهادِ التورعَ عن اليمين، ولو لم يكن في الواقعة إلَّا شاهدٌ؛ فإنْ كان الحَقُّ يَثبتُ بشاهِدٍ ويمينٍ، لزمَه الأداءُ، وإلَّا، فلا على الصحيح. وحكى ابْنُ كَجٍّ وجهاً في لزومه؛ لأنه ينتفعُ[٢] في اندفاع بعضِ تُهمةِ الكذِبِ.

وإنْ كان في الواقعة شهودٌ، فالأداءُ عليهم فرضُ كفايةٍ، إذا فعلَه اثنان منهم، سقطَ عن الباقين، وإنْ طلبَ الأداء من اثنين، ففي وجوب الإجابةِ عليهما وجهانِ، وقالَ ابْنُ القاصِّ قولان.

أصحُّهما: الوجوبُ، وليس موضع الخلاف ما إذا علمنا من حالهم رغبةً، أو إباءً.

القيد الثاني: كونُهُ متحمِّلاً عن قصدٍ، أَمَّا مَنْ سمعَ الشيء، أو وقعَ بصرُهُ عليه اتفاقاً، فالأصحُّ الموافِق لإطلاق الجمهور: أنه يلزمُهُ الأداءُ أيضاً؛ لأنها أمانَةٌ، وشهادةٌ عنده.

والثاني: لا؛ لعدَمِ التزامه.

القيدُ الثالث: أَنْ يُدْعَىٰ لأداء الشهادةِ من مسافة قريبة، ومَتىٰ كان القاضي في البلد، فالمسافةُ قريبةٌ، وكذا لو دُعي إلىٰ مسافةٍ يتمكَّنُ المبكِّرُ إليها من الرجوع إلىٰ أهله في يومه[٣].

وإنْ دُعي إلىٰ مسافةِ القَصْرِ لم تجبِ الإجابةُ، وإنْ كَان بينهما لم تجِبْ أيضاً علىٰ الأصحِّ، وهـٰذا كُلُّهُ تفريعٌ علىٰ الصحيح، وهو أَنَّ الشاهدَ يَلزمُهُ الحضورُ إلىٰ القاضي لأداءِ الشهادةِ.

وعن [القاضي] أبي حامد: أنه ليس علىٰ الشاهدِ إلَّا أداءُ الشهادة إنِ اجتمعَ هو والقاضي.

---

(١) في المطبوع: « وقال ».
(٢) في المطبوع: « ينفع ».
(٣) وهي مسافة العدوىٰ.

القيدُ الرابعُ: كونُ الشاهدِ عَدْلاً، فإنْ كان فاسِقاً، ودُعي لأداءِ الشهادة، نُظِرَ:

إنْ كان فِسْقُهُ مُجمعاً عليه، ظاهِراً، أو خفيّاً، حرمَ عليه أَنْ يشهدَ، وإنْ كان مجتهداً فيه، كشُربِ النبيذِ، لزمَهُ أَنْ يشهدَ، وإنْ كان القاضي يرىٰ التفسيقَ به، وردَّ الشهادة؛ لأنه قد يتغيَّر [١٢٧٢ / ب] اجتهادُهُ.

وفي « أمالي السَّرْخَسِيِّ » وجه: أنه لا يجبُ في الفسْقِ المجتَهَد فيه، إذا كان ظاهراً[1].

وحكىٰ ابْنُ كَجٍّ وجهاً: أنه يجبُ مُطلقاً في الفِسْق الخفيِّ، وفي الظاهرِ وجهان، والمذهبُ: ما سبقَ.

وحكىٰ ابْنُ كَجٍّ وجهَين في أنه هل للشاهِدِ أن يشهَد بما يعلمُ أن القاضي يرتِّب عليه ما لا يعتقده الشاهِدُ، كالبيع الذي يترتَّب عليه شُفعة الجوار، والشاهد لا يعتقدُها ؟ ولو كان أحدُ الشاهدَين عَدْلاً والآخَرُ فاسِقاً فِسْقاً مُجمعاً عليه، لم يلزمِ العَدْلَ الأداءُ إنْ كان الحقُّ لا يثبتُ بشاهدٍ ويمينٍ.

القيدُ الخامِسُ: عَدَمُ العُذر، كالمرضِ، ونحوِه، فالمريضُ الذي يَشُقُّ عليه الحضورُ، لا يكلَّف أَنْ يحضُرَ؛ بل إما أَنْ يشهدَ علىٰ شهادته. وإما أَنْ يبعثَ القاضي إليه، مَنْ[2] يسمعُ شهادتَه، والمرأةُ المخدَّرةُ، كالمريض، وفيها الخلافُ السابق في الباب الثالث من « أدب القضاء »، وغيرُ المُخَدَّرةِ يلزمُها الحضورُ والأداءُ، وعلىٰ الزوجِ أَنْ يأذنَ لها فيه.

وحكىٰ الشيخُ أبو الفَرَجِ وجهَين في أنه هل يجبُ الحضورُ عند القاضي الجائِرِ والمتعنِّت لأداء الشهادة؛ لأنه لا يؤمنُ أَنْ يَرُدَّ شهادته؛ جَوْراً وتَعَنُّتاً، فيعيَّر بذٰلك ؟ فعلىٰ هٰذا: عدالةُ القاضي وجمعُهُ الشروطَ المعتبرةَ شرطٌ سادسٌ.

قلتُ: الراجحُ الوجوبُ. **وَٱللهُ أعلمُ.**

---

(١) في المطبوع: « طاهراً »، تصحيف، وفي (ظ): « حاضراً »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٧٧).

(٢) في المطبوع: « بأنه » بدل: « مَنْ ».

وإذا اجتمعَتْ شروطُ الوجوب لم يرهقِ القاضي إرهاقاً؛ بل إنْ كان في صلاةٍ، أو حمَّامٍ، أو علىٰ طعام، فله التأخيرُ إلىٰ أن يفرغَ، ولا يمهل ثلاثة أيام علىٰ المشهور.

قال ابْنُ كَجٍّ: ولو شهدَ، وردَّ القاضي شهادته بِعِلَّة[1] الفسقِ، ثم طلب المدَّعي أَنْ يشهدَ له عند قاضٍ آخَرَ، لزمَه الإجابةُ، ولا يلزمُهُ عند ذٰلك القاضي علىٰ الصحيح.

قال ابْنُ كَجٍّ: ولو دُعي لأداء الشهادة عند أمير، أو وزير، قال ابْنُ القَطَّانِ: لا تلزمُه الإجابةُ، وإنما يلزمُه عند مَنْ له أهليَّة سماعِ البيِّنة، وهو القاضي.

قال ابْنُ كَجٍّ: وعندي أنه يلزمُهُ إذا علم أنه يصلُ به إلىٰ الحَقِّ.

قلتُ: قولُ ابْنِ كَجٍّ أَصَحُّ. **واللهُ أعلمُ**.

فَرْعٌ: إذا امتنعَ الشاهِدُ من أداء الشهادة بعد وجوبه؛ حياءً من المشهود عليه، قال القاضي حُسَين: يعصي، ولا يجوزُ للقاضي قَبولُ شهادته في شيء أصلاً حتَّىٰ يتوبَ، ويوافقُ هٰذا ما قيل: إن المدَّعي لو قال للقاضي: عند فلان شهادةٌ، وهو ممتنعٌ مِنْ أدائها، فأحضره ليشهدَ، لم يجبْهُ القاضي؛ لأنه فاسق بالامتناع بزعمه، فلا ينتفعُ بشهادته.

قلتُ: ينبغي أَنْ يُحملَ هٰذا علىٰ ما إذا قال: هو ممتنعٌ بلا عُذر. **واللهُ أعلمُ**.

فَصْلٌ: وأَمَّا تحمُّلُ الشهادةِ، ففرضُ كفايةٍ في عَقْدِ النِّكاحِ؛ لتوقُّف الانعقادِ عليه، فإنِ امتنعَ الجميعُ منه، أثِموا. ولو طلبَ من اثنَين التحمُّل، وهناك غَيرُهما، لم يتعيَّنا بلا خلاف.

وأمَّا في التصرُّفات المالية والأقارِير، فهل التحمُّل فرضُ كفايةٍ، أم مستحبٌّ؟ وجهان.

الصحيح: الأولُ، وبه قطع العراقيون؛ للحاجة إليها، ومنهم من يقتضي كلامُهُ

---

(١) في (ظ): «بعد».

طرْدَ الخلافِ في النكاح أيضاً، وليس بشيء. وإذا قلنا بالافتراض، فذٰلك إذا حضره[(١)] المحمل، أمَّا إذا دُعي للتحمُّل [١٢٧٣ / أ] فقيل: تجبُ الإجابة أيضاً، والأصح الذي قاله القاضي أبو حامد، والبغويُّ، وأبو الفَرَج: أنه لا يجبُ إلَّا أَنْ يكونَ المحملُ معذوراً بمرضٍ، أو حبسٍ، أو كانت امرأة مُخَدَّرة إذا أثبتنا للتخدير أثراً. وكذا إذا دعاه القاضي؛ ليشهدَه علىٰ أمرٍ ثبتَ عنده، لزمَه الإجابةُ.

فَرْعٌ: إنْ تطوَّعَ الشاهدُ بتحمُّل الشهادة، وأدائِها، فقد أحسَنَ، وإن طمعَ في مالٍ، فهو إمَّا [رزقٌ] من بيتِ المالِ، وإمَّا من مالِ المشهودِ له، فأما الرزقُ [من بيت المال]، فقد ذكرَ الشيخ أبو حامد، وابْنُ الصبَّاغ، وآخرونَ: أن الشاهدَ ليسَ له أخذُ الرزق من بيتِ المال لتحمُّلِ الشهادة، وقيل: له ذٰلك، فإنْ قلنا بالأول، فرَزَقَهُ الإمامُ من ماله، أو واحدٌ من الرعية، فالحكمُ كما ذكرنا في القاضي.

وأمَّا مالُ المشهودِ له، فليس للشاهدِ أخذُ أُجرةٍ علىٰ أداءِ الشهادة، ووجَّهوه بأنه فرضٌ عليه، فلا يستحق [عليه] عوَضاً، ولأنه كلامٌ يسيرٌ لا أجرةَ لمثله.

وأمَّا إتيانُ القاضي والحضورُ عنده؛ فإنْ كان معه في البلد فلا يأخذُ شيئاً، وإنْ كان يأتيه[(٢)] من مسافة العَدْوَىٰ، فما فوقَها، فله طلبُ نفقةِ المركوبِ. قال البَغَويُّ[(٣)]: وكذا نفقة الطريقِ، وحكىٰ وجهَين فيما لو أعطاه شيئاً، ليصرفَهُ في نفقةِ الطريقِ، وأجرةِ المركوبِ، هل له أَنْ يصرفَهُ إلىٰ غَرَضٍ آخَرَ، ويمشي؟ وهما كالوجهَين فيما لو أَعطىٰ فقيراً شيئاً وقال: اشْتَرِ لك به ثوباً، هل له أَنْ يصرِفَهُ إلىٰ غير الثوب؟ والأصحُّ: الجوازُ فيهما، فهٰذا ما قيل: إنَّ الشاهدَ يأخذُهُ من مالِ[(٤)] المشهود له، ولم يتعرَّضْ أكثرُهم لما سوىٰ هٰذا، لٰكن في « تعليق الشيخ أبي حامد »: أَنَّ الشاهِدَ لو كان فقيراً يكسِبُ قُوته يوماً يوماً، وكان في صرفِ الزمانِ إلىٰ أداءِ الشهادة ما يشغلُهُ عن كسبه، لم يلزمْهُ الأداءُ إلَّا إذا بذلَ له المشهودُ له قَدْرَ كَسْبِهِ في ذٰلك الوقت.

---

(١) في المطبوع: « حضر »، وفي (فتح العزيز: ١٣ / ٨٠): « أحضره ».

(٢) في المطبوع: « نائبه »، تحريف.

(٣) انظر: (التهذيب: ٨ / ٢٢٧ ـ ٢٢٨).

(٤) كلمة: « مال » ساقطة من المطبوع.

هـٰذا حكمُ الأداءِ. فلو طلبَ الشاهد أجرةً لتحمُّل الشهادة؛ فإن لم يتعيَّنْ عليه، فله ذٰلك، وكذا إنْ تعيَّنَ علىٰ الأصح. قال أبو الفَرَجِ[1]: هـٰذا إذا دُعي ليتحمَّلَ، فأما إذا أتاه المحملُ، فليس للتحمُّل والحالة هـٰذه أجرةٌ، وليس له أَنْ يأخذَ شيئاً، ومُقْتضىٰ قولِنا: له طَلَبُ الأجرة إذا دُعي للتحمُّل أَنْ يطلبَ الأجرة إذا دُعي للأداء، سواءٌ كان القاضي معه في البلد، أم لا، كما لا فَرْقَ في التحمُّل، وأَنْ يكونَ النظرُ إلىٰ الأجرةِ مُطلقاً، لا إلىٰ أجرةِ المركوبِ، ونفقةِ الطريق خاصَّةً، ثم هو يصرفُ المأخوذَ إلىٰ ما يشاء، ولا يمنع مِنْ[2] ذٰلك كونُ الأداءِ فرضاً عليه، كما ذكرنا في التحمُّل مع تعيُّنه علىٰ الأصحِّ.

قلتُ[3]: هـٰذا الذي أورده الرافعيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ ضعيفٌ مع أنه خلاف قول الأصحاب كما سبقَ، فإن فرضَ من يحتاج إلىٰ الركوب [في البلد]، فهو محتملٌ، والوجوبُ ظاهر حينئذٍ. **وٱلله أعلمُ**.

فَرْعٌ: كتابةُ الصُّكوكِ هل هي فرضُ كفايةٍ، أم مستحبة[4]؟ وجهان.

أصحُّهما: الأول، وبه قطع السَّرْخَسِيُّ، فإن قلنا: مستحبّة، أو فرض، ولم يتعيَّنْ لها شخصٌ، فله طلبُ الأجرةِ. وإن تعيَّن، فكذٰلك علىٰ الأصحِّ، هـٰذا إذا لم يرزقِ الكاتب من بيتِ المالِ لكتابة الصكوكِ، فإن رُزق لذٰلك، فلا أجرةَ.

فَصْلٌ: في آدابِ التحمُّلِ والأداءِ مَنْقولَةً مِنْ « مُخْتَصَرِ الصَّيْمَرِيِّ »: ينبغي للشاهد [١٢٧٣ / ب] أن لا يتحمَّلَ، وبه ما يمنعُه من الضَبْطِ، وتمامِ الفهم، كجوعٍ[5] وعطش، وهَمٍّ، وغَضَبٍ، كما لا يَقْضي في هـٰذه الأحوالِ.

وإذا أتاه مَنْ لا تجوزُ الشهادة عليه، كصبيٍّ، ومجنون، لم يلتفتْ إليه.

وإِنْ أُتي بكتابٍ أُنشئَ علىٰ خلاف الإجماع، فكذٰلك، وتبيَّن فسادُهُ، وإن أنشئ

---

(١) هو أبو الفرج السَّرْخسِيُّ الزَّاز.
(٢) كلمة: « مِنْ » ساقطة من المطبوع.
(٣) كلمة: « قلتُ » ساقطة من (م).
(٤) في المطبوع: « مستحب ».
(٥) في (ظ): « لجوع ».

علىٰ مختلفٍ فيه بين العلماء وهو لا يعتقده، فهل يُعْرِضُ عنه، أم يشهدُ ليؤدّي ويحكم الحاكم باجتهاده ؟ وجهانِ سَبَقَا.

وإذا رأىٰ كلمةً مكروهةً، أو مُعادَةً، فلا بأسَ بالضربِ عليها، لا سيَّما إذا لم يسبقْهُ بالشهادة أحد.

وإنْ أغفلَ الكاتبُ ما لا بدَّ منه، ألحقَ به، وإنْ رأىٰ سطراً ناقصاً شغلَه بخطٍّ أو خطَّين.

وإذا قرأ الكتابَ علىٰ المتبايعين مثلاً، وقال: عَرَفْتُما ما فيه ؟ أشهدُ عليكما به ؟ فقالا: نَعَمْ، أو أَجَلْ، أو بلىٰ، كفىٰ للتحمُّل، ولا يكفي أَنْ يقولَ المحمل: الأمرُ إليك، أو إنْ شئتَ، أو كما ترىٰ، أو أستخيرُ ٱللهَ تعالىٰ.

وإذا سمعَ إقراراً بدَيْن، أَو طلاقٍ، أو عتقٍ، فله أن يشهدَ به، ولـٰكن لا يقولُ ولا يكتبُ: أشهدني بذٰلك، ويكتب الشاهدُ في الكتاب الذي تحمَّل فيه اسمَه، واسمَ أبيه، وجَدّه، ويجوز أَنْ يتركَ اسم الجد، وأَنْ يتخطّىٰ إلىٰ جَدٍّ أعلىٰ؛ لشُهرته به، ولا يكتبُ الكُنية إلاَّ أَنْ يكونَ في الشهود مَنْ يشارِكه في الاسم والنسب، فيميز بالكُنية، وقد يستحبُ الاستعانةُ بما يفيدُ التذكُّرَ، كما ذكرناه في الباب الثاني من « أدب القضاء »[١].

وإذا أشهدَهُ القاضي علىٰ شيء قد سجّلَ به كتب الشهادة علىٰ إنفاذِ[٢] القاضي ما فيه، أو حُكمه[٣] بما فيه، ولا يكتبُ الشهادَة علىٰ إقرارهِ، يعني: إذا حَضَرَ الإنشاء.

والأَوْلىٰ في كتابة الدَّين المؤجَّل أَنْ يقرّرَ صاحب الدَّين أولاً؛ بأَنْ يقولَ: ما الذي لك علىٰ[٤] هـٰذا ؟ فإذا قال: كذا مؤجَّلاً، قَرَّرَ المدينَ؛ لأنه لو أَقَرَّ المدينُ

---

(١) في (ظ): « أدب القاضي » وفي (أ): « آداب القاضي »، والمثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٨٣).
(٢) في (ظ): « نفاذ ».
(٣) في (ظ)، والمطبوع: « حكم »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٨٤).
(٤) في (ظ): « ما الذي لي عليك ».

أولاً قد ينكر صاحِبُهُ[١] الأجلَ، وفي السَّلَمِ يقرّرُ المسلم أولاً؛ خَوفاً من أَنْ ينكرَهُ المسلم لو أقَرّ أولاً، ويطالبه بالمدفوع إليه.

وإذا أتىٰ القاضيَ شاهِدٌ؛ لأداء شهادةٍ، أقعدَه عن يمينه، وإنْ كانَتْ شهادتُهُ مثبتةً في كتابٍ أخذَه وتأمَّله، فإذا سأله المشهودُ له، استأذن القاضي؛ ليُصغيَ إليه. ولو شهدَ قبل استئذانِ القاضي وسؤاله، صحَّت علىٰ الصحيح، لٰكن لو شهد قبل استئذانه، فقال القاضي: كنتُ ذاهِلاً لم أسمَعْ، لم يعتدَّ بها. [واللهُ المستعان].

---

(١) في المطبوع: « صاحب » المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٨٤).





البابُ الرابعُ
في الشاهِدِ مع اليمينِ

يجوزُ القضاء بشاهدٍ ويمينٍ في الجُملة، فما ثبت[١] برجل وامرأتين ثبتَ بشاهدٍ ويمين إلَّا عيوبَ النساء، وما في معناها، وما لا يثبتُ برجل وامرأتين لا يثبتُ بشاهدٍ ويمين، ولا يُقضىٰ بشهادةِ امرأتَين ويمينٍ في الأموالِ قطعاً، ولا فيما يثبتُ بشهادة النِّسوة منفرداتٍ علىٰ الأصحِّ. ثُمَّ هَلِ القضاءُ بالشاهِدِ وحدَه، واليمينُ مؤكّدة، أم بها وحدها، وهو مؤكّد، أم بهما ؟ أوجُهٌ.

أصحُّها: الثالث، فلو رجعَ الشاهدُ، فإنْ قلنا بالأولِ، غُرِّمَ، أو بالثاني، فلا، أو بالثالث، غُرِّمَ النصف. ثم إنما[٢] يحلف المدَّعِي بعد شهادةِ الشاهِد وتعديله، وجوَّزَ ابْنُ أبي هُريرَة تقديمَ اليمين علىٰ شهادته، كما يجوز تقديمُ المرأتين علىٰ الرجل، والصحيحُ: الأولُ،

ويجبُ [١٢٧٤ / أ] أَنْ يتعرَّضَ الحالفُ في اليمين لِصِدْقِ الشاهِد، فيقول: وٱللهِ ! إنَّ شاهِدي لصادِق، وإني مستحقٌّ لكذا.

قال الإمامُ[٣]: ولو أخّرَ تصديق الشاهد، وقدَّم ذكر الاستحقاق، جاز، ولم أجِدْ أحداً يُضَايِقُ فيه.

ولو فسقَ الشاهدُ بعد القضاء، لم يُنقض الحكم، وإنْ فسقَ قبلَه، صار كأنْ

---

(١) في (ظ): « يثبت ».

(٢) كلمة: « إنما » ساقطة من المطبوع.

(٣) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٦٣٠).

لا شاهِدَ، فيحلف المدَّعىٰ عليه، فإنْ نَـكَلَ، حلفَ المدَّعِي، ولم يعتدَّ بما مَضَىٰ. ولو لم يحلفِ المدَّعي مع شاهدِهِ، وطلبَ يمينَ الخَصْمِ، فله ذٰلك، فإنْ حلفَ، سقطتِ الدعوىٰ. قال ابْنُ الصبَّاغ: وليسَ له أَنْ يحلفَ بعد ذٰلك مع شاهده بخلاف ما لو أقامَ بعد يمين المدَّعَىٰ عليه بيِّنة، فيسمع. وإِنْ نَـكَلَ المدَّعَىٰ عليه، فأرادَ المدَّعِي يمينَ الرَدِّ، مكِّن منها علىٰ الأظهر، ويجري القولانِ فيما لو ادَّعىٰ مالاً، ونَكَلَ المدَّعىٰ عليه، ولم يحلفِ المدَّعي يمينَ الردِّ، ثم أقام شاهداً واحِداً، وأرادَ أَنْ يحلفَ معه، فإن قلنا: ليس له أَنْ يحلفَ يمينَ الردِّ، فالمنقولُ أنه يحبسُ المدَّعىٰ عليه حتَّىٰ يحلفَ، أو يُقِرَّ؛ لأن يمينَه حقّ المدعي، فلا يتمكَّن من إسقاطها، لٰكن التقصير منه حيث لم يحلِفْ مع شاهدِه، فينبغي أن لا يحبسَ المدَّعىٰ عليه. وقد ذكر ابْنُ الصبَّاغ نحو هٰذا.

ولو أن المدَّعِي بعد امتناعه من الحَلِفِ مع شاهده واستحلافه الخَصْم أرادَ أَنْ يعودَ، فيحلف مع شاهده، نقل المَحَامِليُّ أنه ليس له ذٰلك؛ لأن اليمينَ صارت في جانب صاحبه إِلاَّ أَنْ يعودَ في مجلسٍ آخَرَ، ويستأنفَ الدعوىٰ، ويقيمَ الشاهِدَ، فحينئذ يحلفُ معه.

فَصْلٌ: جاريةٌ وولدُها في يَدِ رجلٍ يسترقُّهما، فقال آخَر: هٰذه مستولَدَتي والولدُ مني، عَلقَتْ به في مِلْكي، فإن أقام بذٰلك شاهدَين ثبتَ ما يدَّعيه، وإن أقامَ رجلاً وامرأتَين، أو رجلاً وحلفَ معه، ثبتَ الاستيلادُ؛ لأن حكمَ المستولَدَة حكمُ المال، فيسلَّم إليه، وإذا مات، حكمَ بعتقها بإقراره، وهل يحكمُ له بالولد؟ قولان.

أظهرُهما: لا؛ لأنه لا يدَّعي مِلْكَه؛ بل نَسَبه وحرِّيته، وهما لا يثبتان بهٰذه الحجَّة، فيبقىٰ الولدُ في يد صاحب اليد. وهل يثبتُ نسبُهُ بإقرار المدَّعِي؟ فيه ما ذكرنا في «الإقرار» و«اللَّقيط» في استلحاقِ عبدِ غيرِهِ.

والثاني: نَعَمْ، تبعاً لها، فينتزع من المدَّعىٰ عليه، فيكون حُرّاً نَسِيْباً بإقرار المدَّعي.

ولو كان في يَدِ رجل شخصٌ ادّعىٰ أنه رقيقُهُ، فادَّعىٰ آخَرُ أنه كان له، وأنه أعتقَهُ، وأقام شاهداً، وحلفَ، أو رجلاً وامرأتَين، نَصَّ الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ أنه ينتزعُ منه، ويحكم بأنه عَتَقَ علىٰ المدَّعي بإقراره، فَمِنَ الأصحاب مَنْ قال: في قَبُولِ هٰذه البينة والانتزاعِ قولان، كالصورةِ السابقة؛ لأنها شهادةٌ بملك متقدّم، والمذهبُ:



القطعُ بالعِتق بالقَبول، والانتزاع، كما نصَّ عليه، والفرقُ أن المدَّعي هنا يدَّعي مِلكاً، وحجَّتُهُ تصلُح لإثباته، والعِتْقُ يترتَّب عليه بإقراره.

ولو قال المدَّعِي في صورة الاستيلادِ لصاحِبِ اليدِ: استولدْتُها أنا في مِلْكِك، ثم اشتريتُها مع الولد، فَعَتَقَ الولدُ عليَّ، وأقامَ عليه حجَّة ناقصةً، فالعتقُ الآن مرتَّبٌ علىٰ المِلك الذي قامت به الحجةُ الناقصةُ، فيكون علىٰ الطريقين، كذا ذكره القَفَّالُ. هٰذا كلام [١٢٧٤ / ب] الأصحاب في جميعِ طُرقهم في الصورتين، وانفردَ الإمامُ، والغزاليُّ فَحَكَيا عن الأصحاب، والمُزَنيِّ والنصِّ أَشياء منكرةً محولةً عن وجهها، وفي « المختصر » التصريحُ بخلافها، وكذا كتب الأصحابِ.

فَصْلٌ: ادَّعىٰ ورثةُ ميتٍ دَيناً، أو عَيناً لمورّثهم، فإنما يحكمُ علىٰ المدَّعَىٰ عليه إذا ثبتَ لهم ثلاثة أشياء: الموت، والوراثة، والمال، والأولُ والثاني لا مدخلَ فيهما للشاهدِ واليمين؛ بل لا يثبُتان إلاَّ بشاهدَين، أو إقرار المدَّعَىٰ عليه، وأمَّا المالُ، فيدخلُهُ الشاهد واليمين؛ فإنْ حضرَ جميعُ الورثة وهم كاملون، وأقاموا شاهِداً، وحلفوا معه استحقُّوا، والمأخوذُ تركة يُقضىٰ منها ديون الميت، ووصاياه. وإن امتنعَ جميعُهم، وعلىٰ الميت دين، فهل للغريمِ أَنْ يحلفَ؟ ذكرنا في « التفليس » فيه قولين، الجديدُ الأظهر: المنع، ويجريان فيما لو كان أوصىٰ لرجل، ولم يحلفِ الورثة، هل يحلفُ الموصَىٰ له؟ فإنْ كانتِ الوصيّةُ بعَين، وادَّعاها في يد أجنبيٍّ فينبغي أَنْ لا يكونَ فيه خلاف، ويقطع بالجَوازِ، فإنْ حلفَ بعضُ الورثة دون بعض، أخذَ الحالفُ نصيبَه، والنصُّ أنه لا يشارِكه فيه مَنْ لم يحلفْ، ونَصّ في « كتاب الصلح » أنهما لو ادَّعيا داراً إرثاً، فصدّقَ المدَّعىٰ عليه أحدَهما في نصيبه، شاركه المكذّبُ، فَخَرَّج بعضُهم من الصلح هنا قولاً: أَنَّ ما أخذه الحالفُ يشارِكه فيه مَنْ لم يحلفْ؛ لأن الإرثَ يثبتُ علىٰ الشيوع، وقطع الجمهورُ بأن لا شركةَ هنا، كما نَصَّ، والفرق من وجهين حكاهما الإمامُ.

أحدهما: أن صورَةَ الصُّلح مصوَّرة في عَينٍ، وأعيانُ التركةِ مشتركةٌ بين الورثة، والمصدّق معترفٌ بأنه من التركةِ، والصورة هنا في دَين، والدَّينُ إنما يتعيَّن بالتعيين والقبضِ، فالذي أخذهُ الحالفُ يتعيَّن لنصيبه بالقبضِ، فلم يشارِكْهُ الآخَرُ فيه، فعلىٰ هٰذا: لو كانت صورةُ الصلْحِ في دَين، لَم تثبتِ الشركةُ. ولو فرضَ شاهدٌ ويمينُ بعضِ الورثةِ في عين، تثبتُ الشركةُ.

والفرق الثاني: وهو الذي ذكره الجمهور أن الثبوتَ هنا بشاهدٍ ويمينٍ، فلو أثبتنا الشركةَ لملكنا الناكل بيمين غيره، وهناك ثبت بإقرارِ المدَّعىٰ عليه، ثم ترتّب عليه إقرار المصدّق بأنه إرث، فعلىٰ هـٰذا: لا فرقَ بين العينَ والدَّين، ولا في صورة إقرار المدَّعىٰ عليه. وأشار في « الوسيط » إلىٰ تخريج خلافٍ في مسألة الصلح بما نحن فيه، ولا يعرفُ هـٰذا لغيره، وهل يقضىٰ مِنْ نصيبِ الحالفِ جميع الدَّين أم بالحِصَّة؟ قال في « الشامل »: يُبنىٰ علىٰ أَنَّ الغريم هل يحلفُ؟ إن قلنا: نَعَمْ، لم يلزمْهُ إلاَّ قضاء حِصَّته، وإنْ قلنا: لا، بُنِيَ علىٰ أَنَّ مَنْ يحلِفُ من الورثة هل يشارِكُ الحالف؟ إنْ قلنا: نَعَمْ، قضىٰ الجميع؛ لأنا أعطيناه حكمَ التركة، وإلا فبالحِصَّة.

هـٰذا حكمُ نصيب الحالِف، أَمَّا من لم يحلِفْ، فإنْ كان حاضِراً كامل الحال، ونَـكَلَ عن اليمين، ذكر الإمام أن حَقَّه يَبْطُلُ بالنكول، ولو مات، لم يكن لوارثه أن يحلف. وفي كتاب ابْنِ كَجٍّ ما ينازع فيه.

قال الإمامُ: ولو أراد وارثُهُ أَنْ يقيمَ شاهداً آخَرَ، ليحلفَ معه، لم يكن له أيضاً، لـٰكن هل يضمّ هـٰذا الشاهد إلىٰ الشاهدِالأول [١٢٧٥ / أ]؛ ليحكم بالبَـيِّنة؟ فيه احتمالانِ جاريانِ فيما لو أقامَ مُدَّعٍ شاهداً في خُصومةٍ، ثم ماتَ، فأقامَ وارثُهُ شاهداً آخَرَ، فيجوزُ أن يقال: له البناءُ عليه، ويجوزُ أَنْ يقالَ: عليه تجديدُ الدعوىٰ، وإقامةُ البَـيِّنة، وأنه لو أقامَ الورثة شاهداً، وحلف معه بعضهم، ومات بعضُهم قبل أَنْ يحلفَ، أو ينكلَ، كان لوارثه أن يحلفَ، لكنْ هل يحتاجُ إلىٰ إعادةِ الدعوىٰ والشاهِدِ؟ فيه التردُّدُ المذكور، والأصحُّ أنه لا يحتاج. وإنْ كان الذي لم يحلفْ صبيّاً، أو مجنوناً، أو غائباً، نَصَّ الشافعيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ في المجنون أنه يوقَفُ نصِيبُهُ. واختلفوا في معناه، فقال أبو إسحاقَ، وعامةُ الأصحاب: المراد أَنَّا نمتنعُ مِنْ الحكم في نصيبه، ويتوقف حتّىٰ يُفيقَ، فيحلِف أو ينكُل، ولا يؤخذ نصيبه.

وقيل: أرادَ أنه يؤخذُ نصيبه ويوقَف، وهـٰذا أَحَدُ قوليه أَنَّ الحيلولةَ هل تثبتُ بشاهِدٍ؟ والصبيُّ والغائبُ كالمجنونِ.

وينبغي أَنْ يكونَ الحاضرُ الذي لم يشرَعْ في الخصومة، أو لم يشعر بالحالِ، كالمجنونِ في بقاء حَقِّه بخلافِ ما سبق في الناكِل؛ فإنْ قلنا بالصحيح، وهو أَنه لا يؤخذُ نصيبُ المعذورين، فإذا زال عذرُهم حلفوا، وأخذوا نصيبَهم، ولا حاجةَ إلىٰ إعادة الشهادةِ بخلاف ما لو كانت الدعوىٰ لا عن جهة الإرثِ؛ بأَنْ قال: أوصىٰ

لي ولأخي الغائبِ، أو الصبي أبوكَ بكذا، أو اشتريتُ مع أخي الغائب منك كذا، وأقام شاهداً، وحلفَ معه؛ فإنه إذا قَدمَ الغائب، وبلغَ الصبيُّ يحتاجان إلىٰ تجديد الدعوىٰ، وإعادةِ الشهادةِ، أو شاهِدٍ آخَر، ولا يؤخذُ نصيبُهما قبلَ ذٰلك؛ لأن الدعوىٰ في الميراث عن شخصٍ واحدٍ، وهو الميتُ، وكذٰلك يُقضىٰ دَينه من المأخوذ، وفي غيرِ الميراثِ، الدعوىٰ والحقُّ لأَشْخاصٍ[1]؛ فليس لأحدٍ أَنْ يَدَّعي، ويُقيم البينةَ عن غيره بغيرِ إذنٍ، أو ولايةٍ.

ثم ما ذكرنا [في الميراث أنه لا حاجة إلىٰ إعادة الشهادة مفروضٌ] فيما إذا لم يتغيَّرْ حالُ الشاهد؛ فإِنْ تغيّرَ، فوجهانِ.

أحدهما، وبه قال القَفَّالُ: لا يَقْدَحُ، وللصبيِّ والمجنونِ والغائبِ إذا زال عذرُهم أَنْ يحلفوا؛ لأنه قد اتصلَ الحكمُ بشهادته، فلا أثر للتغيُّر.

والثاني، وهو اختيار الشيخ أبي عليٍّ: لا يحلفونَ؛ لأن الحكمَ اتصلَ بشهادته في حَقِّ الحالِفِ فقط، ولهٰذا لو رجعَ الشاهِدُ لم يكن لهم أَنْ يحلفوا، ولو مات الغائِب أو الصبيُّ، فلوارثه أَنْ يحلفَ، ويأخذَ حِصَّته، فإن كان وارثُهُ هو الحالِف، لم تحسب يمينه الأُولىٰ.

ولو ادَّعىٰ شخصٌ علىٰ ورثة رجلٍ أَنَّ مورثكم أوصىٰ لي ولأخي، أو ولأجنبيٍّ بكذا، وأقامَ شاهداً، وحلفَ معه، وأخذ نصيبَه، لم يشاركْهُ الآخر فيه بلا خلاف.

ثم ذكر الشيخ أبو الفَرَجِ أَنَّ مَنْ يحلفُ من الورثة علىٰ دَين، أو عَيْنٍ للمورث يحلفُ علىٰ الجميع، لا علىٰ حِصَّته فقط، سواء حلفَ كلُّهم أو بعضُهم، وكذا الغريم والموصىٰ له إذا قلنا: يحلفانِ، وفي كلام غيرِهِ إشعارٌ بخلافه، وجميعُ ما ذكرناه فيما إذا أقامَ بعضُ الورثة شاهِداً واحداً، وحلفَ معه، فأما إذا أقامَ بعضُهم شاهدَين، فإنه يثبتُ المدَّعىٰ كُلُه، فإذا حضرَ الغائِب من الورثة، أو بلغ صبيُّهم، أو عَقَل [١٢٧٥ / ب] مجنونُهم، أخذ نصيبَه، ولا حاجةَ إلىٰ تجديد الدعوىٰ، وإقامةِ البينة، ولينتزع[2] القاضي بعد تمام البينة نصيب الصبيِّ والمجنون؛ دَيناً كان، أو عَيناً، ثم يأمر بالتصرُّف فيه بالغِبطة؛ كي لا يضيعَ عينُ مالِهِ.

---

(١) في المطبوع: « وألحق الأشخاص ».
(٢) في المطبوع: « وينتزع ».

وأمَّا نصيبُ الغائِبِ، فإنْ كان عَيناً انتزعها، وكلامُ الأصحاب يقتضي أَنَّ هـٰذا الانتزاعَ واجبٌ، وهو الظاهِر، لـٰكن سبق في « باب الوديعة »: أن الغاصبَ لو حملَ المغصوب إلىٰ القاضي والمالكُ غائبٌ، ففي وجوب قَبوله وجهان، فيجوزُ أَنْ يعودَ ذٰلك الخلافُ هنا، مع قيامِ البَـيِّنة.

وإِنْ كانَ المدَّعىٰ ديناً، ففي انتزاعِ نصيبِ الغائِبِ وجهان جاريان فيمن أَقَرَّ لغائب بدَين، وحمله إلىٰ القاضي، هلَ علىٰ القاضي أَنْ يستوفيَه ؟ والأصحُّ في الصورتين عدَمُ الوجوب، وحكاه ابْنُ كَجٍّ في مسألتنا عن النَّصِّ.

واعلم: أنه سبقَ في « كتاب الشركة » أن أحدَ الوارثين لا ينفردُ بقبض شيء من التركةِ[1]، ولو قبضَ شاركَه الآخَرُ فيه، وقالوا هنا: يأخذُ الحاكمُ نصيبَه، كأَنهم جعلوا غَيبة الشريك عُذراً في تمكين الحاضِر من الانفرادِ.

ولو ادَّعَىٰ علىٰ رجلٍ أَنَّ أباه أوصَىٰ له ولفلان بكذا، وأقام شاهدين وفلانٌ غائب، أو صبي، لم يُؤْخَذْ نصيبُ فلان بحال، وإذا حضرَ أو بلغ[2]، فعليه إعادةُ الدعوىٰ والبَـيِّنة؛ لما ذكرنا أَنَّ الدعوىٰ في الإرثِ لشخصٍ واحدٍ.

فَرْعٌ: لو كان للوارثِ الغائِب وكيلٌ، وقد أقامَ الحاضِرُ البينةَ، قال أبو عاصم: يقبضُ الوكيلُ نصِيبَ الغائب دون القاضي، فإِنْ لم يكن، قبض القاضي، ويؤجر؛ لئلاَّ تفوتَ المنافعُ.

فَصْلٌ: هل يثبُتُ الوقفُ بشاهدٍ ويمينٍ ؟ إنْ قلنا: المِلك فيه للواقِف أو الموقوفِ عليه، فنَعَمْ، وإنْ قلنا: لله تعالىٰ، فوجهانِ، أو قولان.

أحدهما: لا، وبه قال المزنيُّ، وأبو إسحاقَ، كالعتقِ.

والثاني: نَعَمْ، وبه قال ابن سُرَيْجٍ، وابْنُ سَلَمَةَ. والعراقيّون يميلونَ إلىٰ ترجيحِ الأولِ، وينسبونه إلىٰ عامَّة الأصحابِ، لـٰكن الثاني أقوىٰ في المعنىٰ، وهو المنصوصُ، وصحَّحه الإمامُ، والبغويُّ، وغيرُهما، وجزم به الغزاليُّ.

ولو ادَّعَىٰ ورثَةُ ميتٍ علىٰ رجل أنه غصبَ هـٰذه الدار، وقالوا: كانت لأبينا،

---

(١) في (ظ): « الشركة ».

(٢) في المطبوع: « وبلغ ».



وَقَفَها علينا، وعلىٰ فلان، تثبتُ دعوىٰ الغصب بشاهِدٍ ويمينٍ، ويثبتُ بهما أيضاً الوقْفُ إنْ أثبتناه بشاهِدٍ ويمينٍ، وإلاَّ فيثبُتُ بإقرارهم.

ولو مات عن بَنِينَ، فادَّعَىٰ ثلاثةٌ منهم أَنَّ أباهم وقَفَ عليهم هٰذه الدار، وأنكرَ سائرُ الورثة، فأقاموا شاهِداً ليحلفوا معه؛ تفريعاً علىٰ ثبوت الوقفِ بشاهِدٍ ويمينٍ، فلدعواهم صورتان.

إحداهما: أَنْ يَدَّعوا وقْفَ ترتيبٍ، فيقولوا: وقفَ علينا، وبعدنا علىٰ أولادِنا، وعلىٰ الفقراء، فلهم بعد إقامة الشهادة[١] ثلاثةُ أحوال.

أن يحلفوا جميعاً، فيثبتُ الوقْفُ، ولا حَقَّ لسائِرِ الورثة في الدار، فإذا انقرضَ المدَّعون، أخذَ البطنُ الثاني الدارَ وقفاً، وهل يأخذونَهُ بيمين، أم بلا يمينٍ؟ وجهانِ، ويقال قولانِ. الأصحُّ عند الجمهور: بلا يمينٍ، وهو ظاهر نصّه في «المختصر».

وإذا انتهىٰ الاستحقاقُ إلىٰ البطن الثالثِ والرابع [١٢٧٦ / أ] عاد الخلافُ، فإن قلنا: يأخذونَ بيمينٍ فكان[٢] الحق بعد البنين الثلاثة للفقراء، نُظِرَ:

إنْ كانوا محصورينَ، كفقراء قريةٍ ومَحلَّةٍ، فكذٰلك الجوابُ، وإن لم يكونوا محصورينَ، فهل يَبْطُلُ الوقفُ، وتعودُ الدار إرثاً، أم يصرفُ إليهم بلا يمينٍ، أم يصرفُ إلىٰ أقربِ الناسِ إلىٰ الواقِفِ؛ بناءً علىٰ تعذُّرِ مصرفه كالوقفِ المنقطع؟ فيه ثلاثةُ أوجُهٍ.

قلتُ: الأصحُّ يأخذونَ بلا يمين، وتسقطُ هنا؛ لتعذُّرها، ولا يَبْطُلُ الوقْفُ بعد صحته، ووجود المصرفِ، بخلاف المنقطع. **واللهُ أعلمُ**.

ولو ماتَ أَحَدُ الحالفين، صرفَ نصيبه إلىٰ الآخَرين، فإنْ مات آخَرُ، صرفَ الجميعُ إلىٰ الثالث؛ لأن استحقاقَ البطنِ الثاني إنما هو بعد انقراضِ الأولين. ثم أخذ الآخرين يكون بلا يمينٍ علىٰ المذهب، وقيل: وجهانِ، كالبطن الثاني.

الحَالُ الثَّاني: أَنْ ينكلوا جميعاً عن اليمينِ مع الشاهد، فالدارُ تَرِكَةٌ، يقضىٰ

---

(١) في (ظ)، والمطبوع: «البينة»، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ١٠٢).

(٢) في المطبوع: «مكان».

منها الدَّينُ، والوصيَّة، ويقسمُ الباقي بين الورثة، وتكون حِصَّة المدعين وَقْفاً بإقرارهم، وحِصَّة سائر الورثة طلقاً لهم، فإذا مات المدَّعون، لم يصرفْ نصيبهم إلىٰ أولادهم علىٰ سبيل الوقف إلاَّ بيمينٍ علىٰ الأصحِّ، وقيل: يصرفُ إليهم وَقْفاً بلا يمين.

ولو أراد الأولادُ أَنْ يحلفوا ويأخذوا جميعَ الدار وَقفاً، فلهم ذٰلك علىٰ الأظهر؛ لأنهم أصحابُ حَقٍّ، فإذا أَبْطَلَ آباؤهم حَقَّهم بالنكول، فلهم أَنْ لا يُبطلوا حقَّهم، ويجري القولانِ، سواء قلنا: لو لم يحلفوا لا يكونُ شيء منها وقفاً، أم قلنا: حِصَّة الأولين تبقىٰ وقفاً، وإن لم يحلفوا، وهل يجري القولانِ في حياة الأولين إذا نَكَلُوا؟ وجهانِ.

أحدهما: نَعَمْ؛ لبطلان حَقِّهم، وتعذُّرِ الصرف إليهم بنكولهم، كما لو ماتوا.

وأصحُّهما: لا؛ لأن استحقاقَ البطنِ الثاني شرطُهُ انقراضُ الأول.

الحالُ الثالثُ: أَنْ يحلفَ بعضُهم دون بعض، فإذا حلفَ واحدٌ، ونَكَلَ اثنان، أخذَ الحالفُ الثلُثَ وَقْفاً، وأما الباقي، فهو تركةٌ تُقضىٰ منه[1] الديونُ والوصَايا، فما فَضَلَ، ففيه وجهان. قال في « الشامل »: يقسمُ بين جميع الورثة، فما خصَّ البنين الثلاثة كان وَقْفاً علىٰ الناكلين؛ لأنَّ الحالِف معترفٌ لهما بذٰلك، والأصحُّ، وبه قطع المَحَامِلِيُّ، والبَغَوِيُّ، وغيرُهما: أنه يقسمُ بين المنكرين من الورثة واللَّذين نكلا دون الحالف؛ لأنه مُقِرٌّ بانحصارِ حَقِّهِ فيما أخذ. ثم حِصَّةُ الناكلين تكون وَقْفاً بإقرارهما، فإذا مات الناكلانِ، والحالفُ حَيٌّ، فنصيبهُما للحالف علىٰ ما شرطَ الواقِفُ بإقرارهما، وفي اشتراط يمينِهِ الوجهانِ، فإذا مات الحالفُ، فالاستحقاقُ للبطنِ الثاني، وفي حَلِفِهم الخلافُ السابق، وإنْ كان الحالفُ ميتاً عند موتِ الناكِلين، فأرادَ أَولادُهما أَنْ يحلفوا، فعلىٰ القولَين السابقَين في أولاد الجميع إذا نَكَلُوا، الأظهرُ: لهم الحَلِفُ، وفي نصيبِ الحالفِ الميت قبلهما ثلاثةُ أوجُهٍ:

أحدها: يصرفُ إلىٰ الناكلين، فعلىٰ هٰذا: في حَلِفِهما الخلافُ. فإنْ قلنا: يحلفانِ، فنكَلا سقطَ هٰذا الوجهُ.

---

(١) في المطبوع: « منها ».

والثاني: يصرفُ إلىٰ البطن الثاني، وهو الأصحُّ عند الجمهور، وهو ظاهر إشارته في « الأم »؛ لأنهما أبطلا حقَّهما بنكولهما، وصارا كالمعدومَين.

والثالث: أنه وقف تعذَّر مَصْرِفُهُ، فعلىٰ هـٰذا: [١٢٧٦ / ب] هل يبطلُ أم يبقىٰ ؟ وإذا بقي فهل يصرفُ إلىٰ أقربِ الناسِ إلىٰ الواقف، أم كيف حالُهُ ؟ فيه خلافٌ سبق في الوقف بتفريعه، والمذهبُ: أنه يبقىٰ وَقفاً، ويصرفُ إلىٰ أقربِ الناسِ إلىٰ الواقف، فعلىٰ هـٰذا: إذا زالَ التعذُّر بموت الناكِلين، صرفَ إلىٰ البطن الثاني، ويجيءُ في حَلِفِ أقربِ الناس ـ إذا قلنا: يصرفُ إليهم ـ الخلافُ.

فَرْعٌ: إذا تصادقَتِ الورثةُ علىٰ أَنَّ الدارَ وَقْفُ أبيهم، ثَبَتَ الوقْفُ، ولا حاجة إلىٰ شاهدٍ ويمينٍ.

فَرْعٌ: ادَّعَوا علىٰ رجل داراً في يدِهِ أنه وَقَفَها عليهم، أو علىٰ ورثةٍ أَنَّ مورِّثهم وَقَفَها عليهم، وأقاموا شاهداً، نُظِرَ:

أَحَلَفوا[1] مع شاهدِهم، أَمْ نَكَلوا، أم حَلَف بعضُهم، ونَكَلَ بعضُهم ؟ وتجيءُ الأحوالُ الثلاثة كما سبقَ، لـٰكن حيثُ جعلنا كُلَّ المدَّعَىٰ، أو بعضَه تركةً هناك تركَ هنا في يَدِ المدَّعَىٰ عليه.

الصورةُ الثانيةُ: أَنْ يَدَّعوا وَقْفَ تَشْريكٍ، فيقولُ البنونَ الثلاثةُ في المثال المذكور: هو وقْفٌ علينا وعلىٰ أولادِنا، وأولادِ أولادِنا ما تناسَلْنا، فإذا انقرضْنا، فعلىٰ الفقراءِ، وأقاموا[2] بذٰلك شاهداً؛ فإنْ[3] حلفوا معه أخذوا الدار وَقْفاً. ثم إذا حدَثَ لأحدهم ولَدٌ، فَمُقتضىٰ الوقفِ شَرِكته، فيوقَف رُبُعُ الغَلَّة إلىٰ أَنْ يبلغَ، فيصرف إليه إِنْ حلفَ، ولم يجعلوه علىٰ الخلافِ في أن البطنَ الثاني، هل يحتاجونَ إلىٰ يمين إذا حلفَ البطنُ الأول ؟ بل جَزَموا باحتياجه إلىٰ اليمين بعد البُلوغ إلَّا السَّرْخَسِيَّ، فحكىٰ فيه وجهاً.

ثم إنَّ الرُّبُعَ الموقوفَ، هل يوقَفُ في يد البنين الثلاثة، أم ينتزعُ، ويجعله في يدِ أمينٍ ؟ وجهان.

---

(١) في (ظ): « إِنْ حلفوا ».
(٢) في المطبوع: « فأقاموا ».
(٣) في المطبوع: « وإنْ ».

أصحُّهما: الثاني، فإنْ نَكَلَ بعد بلوغه صرفَ الموقوف إلىٰ الثلاثة، وجعل كأنه لم يولَدْ، هـٰذا هو المنصوصُ، وبه قال الجمهورُ.

وحُكي وجهٌ، أو تخريجٌ: أَنَّ نَصيبَ المولودِ وَقْفٌ تَعَذّر مصرفُهُ، فيجيء فيه[1] الخلافُ السابقُ؛ لأن الثلاثةَ معترِفون بأنه له، فكيف يأخذونَه بامتناعِه باليمين ولو ماتَ بعد البُلوغ والنكولِ، لم يستحقَّها ؟ !

فأمَّا رقبةُ الوقْفِ وغلَّتها بعد موتِ الولدِ، فَمُقتضَىٰ الشرط أَنْ يستغرقَها الثلاثةُ الحالفون، وليس عليهم تجديدُ يمينٍ علىٰ المذهب، وكأن المولودَ لم يكُنْ.

ولو ماتَ أَحَدُ الحالفين في صِغر الولد وقفَ من يوم موته للولد ثلث الغلَّة؛ لأن المستحقين صاروا ثلاثةً؛ فإن بلغَ وحلفَ، أخذَ الرُبعَ والثلث الموقوفين، وإِنْ نكلَ صرفَ الربع إلىٰ الابنين الباقيين وورثة الميت، وصرفَ الثلث إلىٰ الباقين خاصّةً، ويعودُ فيه التخريج السابق.

ولو بلغَ الولدُ مجنوناً أَدَمْنا الوقْفَ؛ طمعاً في إفاقته، فإنْ ولد له قبل أَنْ يُفيقَ وقفَ له الخُمُس، وللمولود الخُمُس من يوم ولادةِ الولد، فإِنْ أفاقَ المجنونُ، وبلغ ولدُه، وحَلَفَا، أخذَ المجنونُ الربُعَ من يوم ولادته إلىٰ يوم ولادة ولده، والخمُس من يومئذ، وأخذ ولده الخمُس من يومئذ.

ولو مات المجنونُ في جُنونه بعدما وُلدَ له[2]، فالغَلَّةُ[3] الموقوفة لورثته إذا حلفوا، ويوقَفُ لولده من يوم مَوته[4] رُبُع الغَلَّة، هـٰذا كلُّهُ إذا حلفَ المدَّعون الثلاثة أَوَّلاً؛ [١٢٧٧ / أ] فإنْ نكلوا عن اليمين مع الشاهد، فلمن حَدَثَ بعدهم أَنْ يحلفَ بلا خلاف؛ لأنه شريكُ الأولين بتلقِّي الوقْف من الواقِف لا محالة، وإِنْ حلفَ بعضُهم دون بعض، أخذَ الحالف نصيبَه، وبقي الباقي علىٰ ما كان. وبٱللهِ التوفيقُ.

✍ ✍ ✍

---

(١) كلمة: « فيه » ساقطة من المطبوع.

(٢) في المطبوع: « وله »، الواو إقحام ناسخ.

(٣) في المطبوع: « فالقلة »، تحريف.

(٤) في المطبوع: « ثبوته »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ١٠٨).



البابُ الخامسُ
في الشهادَةِ علىٰ الشهادَةِ

هي مقبولةٌ في غير العُقوبات، كالأموالِ، والأَنكحة، والبَيع، وسائِرِ العقودِ، والفُسوخِ، والطلاقِ، والعتاق، والرّضاع، والولادةِ، وعُيوبِ النساءِ، سواء حَقُّ الآدميِّ، وحقُّ ٱللهِ تعالىٰ، كالزكاةِ، ووقفِ المساجد، والجهاتِ العامّة.

وأمَّا العقوباتُ، فالمذهبُ: القَبُول في القِصاص، وحَدِّ القذفِ، والمنع في حدود ٱللهِ تعالىٰ. قال ابْنُ القاصِّ: والإحصان كالحَدِّ.

ولو شهد اثنانِ علىٰ شهادةِ آخرين أَنَّ الحاكمَ حَدَّ فلاناً، قُبِلَتْ بلا خلاف، ذكره ابْنُ الصبَّاغ؛ لأنه حقّ آدمي؛ فإنه إسقاط حَدٍّ عنه، ثم في الباب أربعةُ أطرافٍ.

الأولُ: في تحمُّلها، وإنما يجوزُ التحمُّلُ إذا علمَ أَنَّ عندَ الأصل شهادة جازمة بحقٍّ ثابت، ولمعرفتِهِ أسبابٌ.

أحدها: أَنْ يَسْتَرْعيَهُ الأصلُ، فيقول: أنا شاهدٌ بكذا، وأشهدتك علىٰ شهادتي، أو يقول: أشهدكَ، أو اشهَدْ علىٰ شهادتي بكذا، أو يقول: إذا استشهدت علىٰ شهادتي، فقد أذنتُ لك في أن تشهدَ، أما إذا سمع إنساناً يقول: لفلانٍ علىٰ فلان كذا، أو أشهدُ أَنَّ لفلانٍ علىٰ فلانٍ كذا، لا علىٰ صورة أداءِ الشهادة، فلا يجوزُ أَنْ يشهدَ علىٰ شهادته؛ لأن الناس قد يتساهلون في إطلاقِ ذٰلك علىٰ عدَةٍ، ونحوِها، وكذا لو قال: عندي شهادةٌ بكذا، فلو قال: عندي شهادةٌ مجزومةٌ أو شهادة أَبُتُّها[1]

(١) في المطبوع: « أثبتها »، وفي (فتح العزيز: ١٣ / ١١٣): « أديتها ».

أو لا أتمارىٰ فيها، وما أشبهَ ذٰلك، فوجهان.

أصحُّهما، وأوفقُهما لإطلاق الأكثرين: المنعُ أيضاً.

ويشترطُ تعرُّضُ الأَصْلِ للفظِ الشهادة، فلو قال: أعلم، أو أخبر، أو أستيقن، لم يكفِ، كما لو أتىٰ الشاهد عند إقامةِ الشهادةِ بهٰذه الألفاظِ؛ فإنَّ القاضيَ لا يحكم بها.

قال الإمامُ: وأبعدَ بعضُ الأصحابِ، فأقام اللفظَ الذي لا تردُّدَ فيه مقامَ لفظِ الشهادة.

ولا يشترطُ أَنْ يقول في الاسترعاءِ: أشهدكَ علىٰ شهادتي، وعن شهادتي، لٰكنَّه أتم، فقولُهُ: أشهدكَ علىٰ شهادتي تحميلٌ، وقولُه: عن شهادتي إذنٌ في الأداء كأنه قال: أَدِّها عني، ولإذنه أثَرٌ، ولهٰذا لو قال بعد التحمُّل: لا تُؤَدِّ عني، امتنعَ عليه الأداءُ، وقيلَ: يشترطُ ذٰلك في الاسترعاءِ، حكاه ابن الصبَّاغ، وإذا حصلَ الاسترعاءُ، لم يختصَّ التحمل بمن استرعاه.

السَّببُ الثاني: أَنْ يسمَعَهُ يشهدُ عند القاضي؛ أَنَّ لفلانٍ علىٰ فلان كذا، فله أن يشهدَ علىٰ شهادته وإن لم يَسْتَرْعِهِ؛ لأنه لا يتصدَّىٰ لإقامة الشهادة عند القاضي إلَّا تحقق الوجوب(١)، وللقاضي أيضاً أَنْ يشهدَ علىٰ شهادته عند قاضٍ آخَرَ، والشهادةُ عند المحكّم كالشهادة عند القاضي، سواءٌ جوَّزْنا التحكيمَ أم لا. وقال الإِصْطَخْرِيُّ: إنما تَجُوزُ إذا جوَّزْناهُ، والصحيحُ: الأولُ؛ لأنه لا يشهد عند المُحَكّم إلَّا وهو جازم بثبوت المشهودِ به.

السَّببُ الثالثُ: أن يبينَ سبب الوجوب، فيقول: أشهدُ [١٢٧٧ / ب] أَنَّ لفلانٍ علىٰ فلانٍ كذا من ثمن مبيعٍ، أو قرضٍ، أو أَرْشِ جِنايةٍ، فتجوزُ الشهادةُ علىٰ شهادته، وإن لم يشهدْ عند القاضي، ولم يؤخَذْ منه استرعاءٌ؛ لأَنَّ الإسنادَ إلىٰ السبب يقطعُ احتمالَ الوعْد والتساهُل، هٰذا ما يوجدُ لعامَّة الأصحاب، ونقل الشيخ أبو حاتمٍ القَزْوينيُّ وجهاً: أَنَّ الإسناد إلىٰ السبب لا يكفي للتحمُّل، ووجهاً أَنَّ الشهادة عند القاضي لا تكفي أيضاً؛ بل يشترطُ الاسترعاءُ، والصحيحُ: ما سبقَ.

(١) في (فتح العزيز: ١٣ / ١١٣): « إلا بعد تحقُّق الوجوب ».



فَرْعٌ: إذا قال: عَلَيَّ لفلان[١] ألف، فوجهانِ.

قال أبو إسحاقَ: لا يجوزُ أَنْ يشهَد عليه بهٰذا القَدْرِ؛ بل يشترطُ مع ذٰلك قرينة تشعرُ بالوجوب؛ بأَنْ يسندَهُ إلىٰ سببٍ، فيقول: من ثمنِ مبيعٍ، أو يَسْتَرْعِيه، فيقول: فاشهد عَلَيَّ به.

والثاني، وهو الصحيح: أَن[٢] مجرَّد الإقرار كافٍ للتحمُّل بخلاف الشهادة علىٰ الشهادة؛ لأن الشهادةَ يعتبرُ فيها ما لا يعتبرُ في الإقرار، ولهٰذا يقبلُ إقرارُ الفاسق، والمُغَفَّلِ، والمجهولِ دون شهادتهم.

فَرْعٌ: الفرعُ عند أداءِ الشهادة يبيِّنُ جهةَ التحمُّل؛ فإِنِ استرعاه الأَصْلُ، قال: أشهدُ أَنَّ فلاناً شهدَ أَنَّ لفلانٍ علىٰ فلان كذا، وأشهدَني علىٰ شهادته، وإن لم يَسْتَرْعِهِ، بين أنه شهد عند القاضي أو أنه أسند المشهودَ به إلىٰ سبب، قال الإمامُ: وذٰلك لأنَّ الغالبَ علىٰ الناسِ الجهلُ بطريق التحمُّل؛ فإِنْ كان ممن يعلمُ، ووثقَ به القاضي، جاز أَن يكتفىٰ بقوله: أشهدُ علىٰ شهادة فلانٍ بكذا، ويستحبُّ للقاضي أَنْ يسأَلَه: بأيِّ سببٍ ثبتَ هٰذا المالُ، وهل أخبركَ به الأصلُ؟ هٰذا إذا لم يبيّن السبَب.

الطَّرَفُ الثاني: في صِفاتِ شاهِدِ الأَصْلِ، وما يطرأ عليه: لا يصحُّ تحمُّل الشهادةِ علىٰ شهادةِ فاسِقٍ، أو كافرٍ، أو عبدٍ، أو صبيٍّ، أو عَدُوٍّ؛ لأنهم غيرُ مقبولي الشهادة، فلو تَحَمَّلَ والأصل بصفات الشهود، ثم طرأ ما يمنعُ قَبولَها، أو الوصولَ إليها، نُظِرَ:

إن كان الطارئُ موتاً، أو غَيبةً، أو مرضاً، لم يؤثِّرْ، وإِنْ عَرَضَ فِسْقٌ، أو عداوةٌ، أو رِدَّة، لم تُقبَلْ شهادةُ الفرع ما دامت هٰذه الأحوالُ بالأصلِ، فإِنْ زالت، هل يشهدُ الفرع بالتحمُّلِ الأولِ، أم يشترطُ تحمُّل جديد؟ وجهان.

أصحُّهما: الثاني، قاله ابْنُ سُرَيْجٍ، وصحَّحه الإمامُ.

ولو حدثَ الفسقُ، أو الردَّةُ بعد الشهادة، وقبلَ القضاءِ امتنعَ القضاءُ.

---

(١) في (ظ): «لفلانٍ عَلَيَّ».
(٢) في (ظ): «أنه».

ولو طرأ علىٰ الأصل جُنون، فقيل: تبطلُ شهادةُ الفرع، كالفسقِ، والصحيح الذي قاله الجمهور: لا أثَرَ له، كالموت؛ لأنه لا يوقِعُ رِيبةً فيما مَضَىٰ، ويجري الوجهان فيما لو عَمِيَ، وأَولىٰ بأَنْ لا يؤثرَ؛ لأنه لا يبطل أهليَّة الشهادة بالكليَّة.

ولو أغمي عليه، قال الإمامُ: إنْ كان غائباً لم يؤثِّرْ، وإنْ كان حاضراً، لم يشهد الفرع؛ بل ينتظر زواله؛ لأنه قريبُ الزوالِ، ومُقْتضىٰ هٰذا: أن يكونَ الجوابُ[1] كذٰلك في كلِّ مَرضٍ يتوقَّعُ زواله، كتوقُّع زوال الإغماء.

قلت: ليس كما قال الرافعيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ بلِ الصوابُ: أن المرضَ لا يلحقُ بالإغماءِ، وإنْ توقّع زواله قريباً؛ لأن المريضَ أهلٌ للشهادةِ بخلافِ المُغمىٰ عليه. **وٱللهُ أعلمُ**.

ولا أثرَ لحدوث شيء [١٢٧٨ / أ] من هٰذه المعاني بعد القضاء، وكذا لو شهد الفرعُ في غَيبة الأصل، ثم حضرَ بعد القضاء، لم يؤثِّرْ، وإنْ حضرَ قبلَه، امتنعَ القضاءُ؛ لحصول القُدرة علىٰ الأصل. وكذا لو كذَّبَ الأصلُ الفرعَ قبل القضاءِ، امتنعَ القضاءُ، والتكذيبُ بعدَه لا يؤثِّر.

ولو قضىٰ القاضي بالفَرع، ثم قامت بينةٌ بأنَّ الأصلَ كذَّبَ الفرعَ قبل القضاءِ، فالقضاءُ منقوضٌ، ذكره الإمامُ.

فَرْعٌ: هٰذا الذي سبقَ حكمُ صِفة الأصل، أمَّا الفرعُ، فلو تحمَّل الشهادة، وهو عبدٌ، أو صبيٌّ، أو فاسِق، أو أَخرسُ، صحَّ تحمُّلُهُ، كتحمُّلِ الأصل في هٰذه الأحوالِ، ثم الأداءُ يكون بعدَ زوالها.

فَرْعٌ: لا تقبلُ الشهادة علىٰ الشهادة إلاَّ من الرجالِ، ولا مَدْخَلَ للنساء فيها، وإنْ كانتِ الأصولُ أو بعضُهم نساءً، وكانت الشهادةُ في ولادةٍ، أو رضاعٍ، أو مال؛ لأنَّ شهادةَ الفرع تثبتُ شهادةَ[2] الأصل، لا ما شهد به الأصلُ، ونفسُ الشهادة ليست بمال، ويطلع عليها الرجال. وحكىٰ ابْنُ كَجٍّ وجهاً في الولادة، وهو شاذٌّ.

الطرفُ الثالثُ: في عَددِ شهودِ الفرع، فإنْ شهد اثنانِ علىٰ شهادةِ أصلٍ،

---

(١) في المطبوع: « الجواز ».

(٢) كلمة: « شهادة » ساقطة من المطبوع.



وآخرانِ علىٰ شهادة الثاني، فقد تم النصابُ، ولو شهدَ فرع علىٰ أَصل، وفرعٌ آخَر علىٰ شهادةِ الأصل الثاني، لم يصحَّ قطعاً.

ولو شهدَ فرعانِ علىٰ شهادة الأصلَين معاً، ففي قَبوله قولان.

أظهرُهما: الجوازُ، وهو الذي رجَّحه العراقيون، والإمامُ، والغزاليُّ، والرُّويانِيُّ، وصاحب «العُدَّةِ»، وخالفهم البغويُّ، والسَّرْخَسِيُّ، فإنْ قلنا بالمنع، فأقام شاهدَين علىٰ شهادة الأصلين معاً، فله أن يحبسهما علىٰ أيهما [شاء] (١)، ويحلف معه.

ولو شهد أربعةٌ علىٰ شهادة الأصلين، جاز علىٰ الصحيح، وجميعُ ما ذكرنا فيما إذا شهدَ الفروعُ علىٰ شهادة رجلَين، فإنْ شهدوا علىٰ شهادةِ رجُلٍ وامرأتين، فعلىٰ قولِ المنع في الاثنين: يشترطُ سِتَّة، يشهدُ كُلُّ اثنين منهم علىٰ شهادة واحد، وعلىٰ الأظهرِ: يكفي اثنانِ للجميع، وعلىٰ ما نقله ابْنُ كَجٍّ في قَبول النساء علىٰ النساء في الولادة، هل يكفي شهادةُ أربعٍ علىٰ شهادةِ أربعٍ، أم يشترطُ سِتَّ عَشْرَةَ؛ ليشهد كُلُّ أربع علىٰ واحدة ؟ وجهان.

ولو شهد علىٰ شهادة الفروع فروعٌ، وشرطنا أَنْ يشهدَ فرعانِ علىٰ كل أصْلٍ، وجبَ أن يشهدَ علىٰ شَهادة كُلِّ فرع من الفروعِ الأربعةِ اثنانِ، فيجتمع ثمانية. ثم شهادتُهم لا تثبُتُ إلَّا بستَّةَ عَشَرَ، وعلىٰ هـٰذا القياس.

وإذا أجرينا الشهادةَ علىٰ الشهادة في حدود ٱلله تعالىٰ، فهل تثبتُ الشهادةُ علىٰ شهودِ الزِّنىٰ بأربعة، أم يكفي اثنانِ ؟ قولان، كالقولين في الإقرار بالزِّنىٰ، فإنِ اكتفينا باثنَين، وجوَّزْنا شهادة فرعين علىٰ شهادة الأصلين معاً، كفىٰ اثنَان. وإنْ شرطنا لكل أصلٍ اثنين، اشترطَ ثمانية، وإنْ شرطنا في الشهادة علىٰ الشهادة في الزِّنىٰ أربعة، فإنْ جوَّزنا شهادةَ فرعين علىٰ شهادة الأصلين معاً، كفىٰ أربعة علىٰ الأصول الأربعة، وإنْ شرطنا أَنْ يشهدَ علىٰ شهادة كُلِّ أصل فرعان، اشترطنا هنا ستةَ عَشَرَ، كلُّ أربعةٍ علىٰ أصل.

---

(١) ما بين حاصرتين من (أ).

الطرفُ الرابع: في أَنَّ شهادةَ الفروع متَىٰ تسمعُ ؟ وإنما تُسمعُ إذا تعذَّر الوصولُ إلىٰ شهادة الأصلِ، أو تعسَّر [١٢٧٨ / ب]، وقيل: تقبل شهادة الفرعِ مع حُضور الأصلِ، كالرواية، والصحيح: [الأول]؛ لأنَّ باب الرواية واسع، ولهـٰذا تقبلُ من المرأةِ والعبدِ، والشهادةُ علىٰ الشهادةِ جُوِّزت للضرورة، ولا ضرورةَ هنا.

فمن وجوه التعذُّر: الموتُ، والعمىٰ، ومِن التعسُّر: المرضُ. ولا يشترطُ أَنْ لا يمكنه الحضور، وإنما المعتبرُ أَنْ ينالَه بالحضور مشقةٌ ظاهرةٌ، ويلحقُ خوفُ الغريم وسائر ما تتركُ به الجمعة بالمرض، هـٰكذا أطلق الإمامُ، والغزاليُّ، وليكن ذٰلك في الأعذار الخاصة دون ما يعمُّ الأصل والفرع، كالمطرِ، والوَحل الشديد، ولا يكلِّف القاضي أَنْ يحضرَ عند شاهد الأصل، أو يبعثَ نائبه إليه؛ لما فيه من الابتذال.

ومنها: الغَيبة إلىٰ مسافة القَصْر، فإِنْ كانت دونَ مسافةِ القَصْر، فمنهم مَنْ أطلقَ وجهين، منهم ابْنُ القَطَّان، والأصحُّ أنه إِنْ كانت المسافة بحيث لو خرجَ الأصل بُكْرَةً لأداء الشهادةِ، أمكنه الرجوعُ إلىٰ أهله ليلاً، لم تسمعْ شهادة الفرع، وتُسَمَّىٰ هـٰذه مسافةَ العَدْوىٰ، وإِنْ كانت بحيثُ لا يمكنه الرجوعُ فهو موضع الوجهين، أصحُّهما[1]: تسمعُ.

فَصْلٌ: يجبُ علىٰ الفروع تسميةُ الأصول وتعريفُهم؛ لأنه لا بُدَّ من معرفة عَدالتهم، ولا تعرَفُ عدالتُهم ما لم يعرفوا. ولو وصفوهم بالعدَالة ولم يسمُّوهم؛ بأن قالوا: نشهدُ علىٰ شهادة عَدْلَين، أو عُدول، لم يَكْفِ؛ لأن القاضي قد يعرفُ جَرْحَهم لو سمَّوهم، ولأنه ينسَدُّ باب الجَرْحِ علىٰ الخَصْم.

ولا يشترطُ في شهادة الفرع تزكيةُ شهودِ الأصلِ؛ بل لهم إطلاق الشهادة، ثم القاضي يبحثُ عن عَدالتهم، وحكىٰ البغوي وجهاً في اشتراطها، والصحيحُ: الأولُ.

وحكي وجْهٌ: أنه يشترطُ أَنْ يقولَ الفروعُ: أشهدنا علىٰ شهادته، وكان عدلاً إلىٰ اليوم، أو إلىٰ أن مات؛ تفريعاً علىٰ ما سبقَ أنه لو فسقَ الأصل، ثم تابَ، لم يكن

---

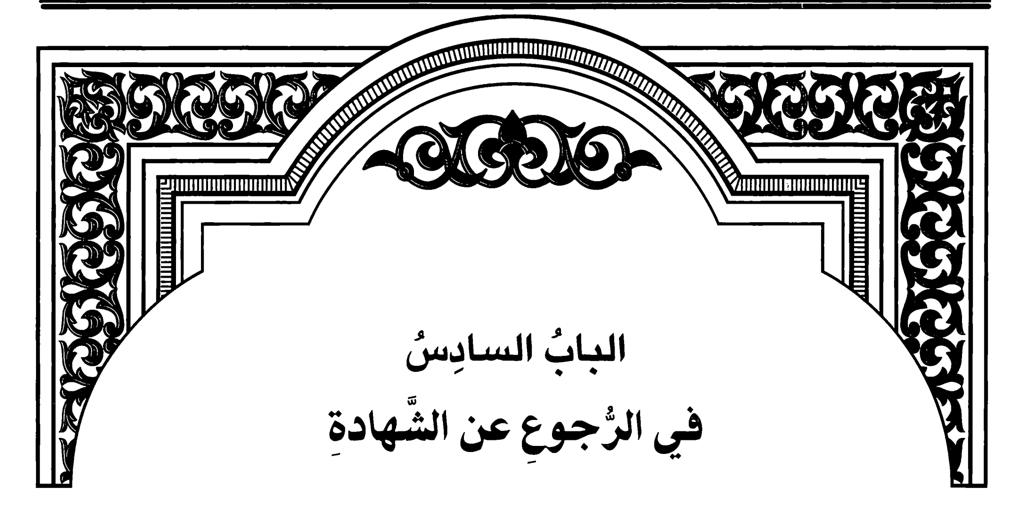
(١) في المطبوع: « وأصحهما ».

للفرع أَنْ يشهدَ علىٰ شهادته إِلَّا بإشهاد جديدٍ، والصحيحُ عدم الاشتراطِ. فإن قلنا بالصحيح أنه لا يشترطُ في شهادة الفرع تزكية الأصل، فلو زَكّوهم وهم بصفات المزكّين، فالمذهب، وبه قطع الجمهور: أنه تقبلُ تزكيتهم، وتثبتُ عدالتهم. والمعروف فيما لو شهد اثنانِ في واقعة، وزكّىٰ أحدُهما الآخرَ أنه لا تثبتُ عدالةُ الثاني، فمنهم من جعلهما[1] علىٰ وجهين بالتخريج، والمذهبُ الفرقُ: أنّ تزكيةَ الفروع الأصول من تتمةِ شهادتهم، ولذٰلك شرطَ بعضُهم التعرُّض لها، فقبلت، وهناك قام الشاهِد المزكّىٰ بأحَدِ شطري الشهادة، فلا يصحُّ قيامُهُ بالثاني، ولا يشترطُ أَنْ يتعرضَ الفروع في شهادتهم، لصدْق الأصول؛ لأنهم لا يعرفونه بخلاف ما إذا حلفَ المدعي مع شاهدِهِ حيثُ يتعرض لصدْقِهِ؛ لأنه يعرفه. وبٱلله التوفيقُ.

✍ ✍ ✍

---

(١) في المطبوع: « جعلها ».



البابُ السادِسُ
في الرُّجوعِ عن الشَّهادةِ

رُجوعُ الشهودِ عن الشهادةِ؛ إِمَّا أَنْ يقَع قبلَ القضاءِ بشهادتهم، وإِمَّا بعدَه.

الحالة الأولىٰ: قبلَه، فيمتنع[1] القضاءُ. ثم إن اعترفوا بتعمُّد الكذِب، فهم فَسَقةٌ يستترون، وإِنْ قالوا: غَلِطْنا، لم يفسقوا، لـٰكن لا تقبلُ تلك الشهادة إِنْ أعادوها، وإِنْ كانوا شهدوا بالزنىٰ، فرجعوا، واعترفوا بالتعمُّد، فُسِّقوا، وحُدُّوا حَدَّ القذفِ، وإنْ قالوا: غَلِطْنا، ففي حَدِّ القذفِ وجهان.

أحدهما: المنعُ؛ لأنهم معذورون.

وأصحُّهما: يجب؛ لما فيه مِنَ التغيير، وكان حقُّهم أَنْ يَتَـبَيَّنوا[2]، فعلىٰ هـٰذا: تردُّ شهادتُهم، وإِنْ قلنا: لا حَدَّ، فلا رَدَّ[3]. ولو[4] قال الشهودُ للقاضي بعد الشهادة: توقَّفْ في القضاء، وجبَ التوقُّفُ، فإن قالوا بعد ذٰلك: اقْضِ، فنحن علىٰ شهادتنا، ففي جَوازِ القضاءِ بشهادتهم وجهانِ.

أصحُّهما: الجوازُ، فعلىٰ هـٰذا: هل تجبُ إعادةُ الشهادة؟ وجهانِ، أصحُّهما: لا؛ لأنهم جَزَموا بها، والشكُّ الطارئُ زالَ.

الحالةُ الثانيةُ: إذا رَجعوا بعدَ القضاء، فرجوعُهم إمَّا قبلَ الاستيفاءِ، وإمَّا بعدَه؛ فإنْ كان قبله، نُظِرَ:

---

(١) في المطبوع زيادة: « من ».
(٢) في (أ)، والمطبوع: « يثَّبتوا ».
(٣) في (أ)، والمطبوع: « فلا ترد ».
(٤) في المطبوع: « وإن ».

إنْ كانتِ الشهادةُ في مالٍ، استوفي على الصحيحِ المنصوصِ، وإنْ كانت في قِصاص، أو حَدِّ القَذْفِ، لم يستوف على المذهب؛ لأنها عقوبةٌ تسقطُ بالشُّبهة، والرجوعِ شبهةٌ بخلافِ المالِ؛ فإنه لا يتأثَّر بالشُّبهة، وَوَجْهُ الجوازِ: أَنَّ حقوقَ الآدميِّين مبنيَّةٌ على الضّيق، وإنْ كانت في حدود ٱلله تعالى لم تستوفَ، وقيل: كالقصاص.

وإنْ كانت في شيء من العقود أُمْضِيَ على الأصحِّ، وقيل: النكاحُ كَحدِّ القذفِ، وحيثُ قلنا بالاستيفاءِ بعد الرُّجوع، فاستوفى، فالحكمُ كما لو رَجعوا بعد الاستيفاءِ، أمَّا إذا رجعوا بعدَ الاستيفاء، فلا ينقضُ الحكمُ.

ثم قد تكونُ الشهادةُ فيما يتعذَّرُ تداركُهُ وردّهُ، وقد تكون فيما لا يتعذَّرُ، فهما ضربانِ.

الأول: المتعذّر، وهو نوعانِ.

أحدهما: العقوباتُ، فإذا شهدوا بقتل[1]، فاقتصّ من المشهود عليه، ثم رجعوا، وقالوا: تعمَّدْنا قتلَهُ، فعليهمُ القِصاصُ، أو الديةُ المغلَّظةُ مُوزَّعةً على عدد رؤوسهم، كما سبق في « الجنايات ». وكذا الحكم لو شهدوا بالردَّة، فَقُتِلَ، أو بزنى المُحْصَن، فَرُجِمَ، أو على بِكْرٍ، فَجُلِدَ، ومات منه، أو بسرقةٍ، أو قَطْعٍ، فَقُطِعَ، أو بقذفٍ، أو شُربٍ، فَجُلد، ومات منه، ثم رجعوا.

ويحدُّون في شهادة الزنى، وحَدِّ القذف أولاً، ثم يُقتلون، وهل يرجمون أم[2] يقتلون بالسيفِ ؟ فيه احتمالانِ، ذكرهما أبو الحَسَنِ العَبَّاديُّ، والصحيحُ: الأولُ.

ثم هنا صُوَرٌ.

إحداها: لو رجعَ القاضي دون الشهود، وقال: تعمدْتُ، لزِمَهُ القصاصُ، أو الديةُ المغلظةُ بكمالها[3].

---

(١) في المطبوع: « بالقتل ».
(٢) في المطبوع: « أو ».
(٣) في المطبوع: « وبكمالها ».

ولو رجعَ القاضي والشهودُ جميعاً، لزمَهم القصاصُ، وإنْ قالوا: أخطأنا، أو عفا علىٰ مال، فالديةُ مُنَصَّفَةٌ: عليه نصفُها، [وعليهم نِصْفُها][1] هٰكذا نقله البغويُّ، وغيرُه، وقياسُه أَنْ لا يجبَ كمالُ الدية عند رجوعه وحدَه، كما لو رجعَ بعضُ الشهود.

ولو رجعَ وليُّ الدمِ وحدَه، لزمَهُ القصاصُ، أو كمالُ الدية.

ولو رجعَ مع الشهود، فوجهانِ.

أصحُّهما عند الإمام: أن القصاصَ، أو كمالَ الدية علىٰ الوليِّ؛ لأنه المباشر، وهم معه كالممسكِ مع القاتل.

وأصحُّهما عند البغويِّ: أنهم معه، كالشريكِ؛ لتعاونهم علىٰ القتل، لا كالممسكِ؛ لأنه جعلهم كالمحقين، فعلىٰ هٰذا: علىٰ الجميع القصاصُ، أو الديَةُ: نصفُها علىٰ الوليِّ، ونصفُها علىٰ الشهودِ.

ولو رجعَ القاضي معهم، فالديةُ مُثَلَّثة: ثلثُها علىٰ القاضي، وثُلثٌ علىٰ الوليِّ، وثُلثٌ علىٰ الشهود، وينبغي علىٰ هٰذا الوجْهِ: أن لا يجبَ كمالُ الدية علىٰ الوليِّ إذا رجعَ وحدَهُ.

قلتُ: لم يُرَجِّحِ الرافعيُّ واحداً من الوجهَين؛ [١٢٧٩ / ب] بل حكىٰ اختلاف الإمام، والبغوي في الصحيح. والأصحُّ ما صحَّحه الإمامُ[2]، وقد سبق في أول « كتاب الجنايات » من هٰذا الكتاب القطعُ به، فهو الأصحُّ نقلاً ودليلاً. **واللهُ أعلمُ**.

الثانيةُ: هَلْ يتعلَّق بالمزكِّي الراجِع قِصَاص وضمانٌ ؟ فيه أوجُهٌ.

أحدُها: لا ؛ لأنه لم يتعرَّضْ للمشهود عَليه، وإنما أثنىٰ علىٰ الشاهِدِ، والحكمُ يَقَعُ بالشاهد، فكان كالممسكِ مع القاتلِ.

وأصحُّهما: نَعَمْ؛ لأنه بالتزكيةِ ألجأَ القاضي إلىٰ الحكم المُفْضِي إلىٰ القتل.

والثالث: يتعلَّقُ به الضمانُ دونَ القِصَاص.

---

(١) ما بين حاصرتين من (أ)، وفي المطبوع: « فالدية منصفة، عليهما نصفها، وعليه نصفها ».

(٢) انظر: (نهاية المطلب: ١٩ / ٦٠).

قال القَفَّالُ: الخلافُ فيما إذا قال المزكِّيان: علمْنا كَذِبَ الشاهدَينِ، فإنْ قالا: علمنا فِسْقَهما، فلا شيءَ عليهما؛ لأنهما قد يكونانِ صادقَين مع الفِسْقِ، وطَرَدَ الإمامُ الخلافَ في الحالين.

الثالثة: ما ذكرْنَا من وجُوب القصاص علىٰ الشهود الراجعينَ، هو فيما إذا قالوا: تَعَمَّدْنا، فلو قالوا: أخطأنا، وكان الجاني أو الزاني غيره، فلا قِصَاصَ، وتجبُ الديةُ مُخَفَّفةً، وتكونُ في مالهم؛ لأن إقرارهم لا يلزم العاقِلة، فإنْ صدَّقهم العاقِلة، فهي علىٰ العاقِلة.

قال الإمامُ: وقد يرىٰ القاضي والحالة هـٰذه تعزيرَ الشهود؛ لتركهم التحفُّظَ.

ولو قال أحَدُ شاهدَي القتل: تعمَّدت، ولا أدري أتعمَّدَ صاحبي، أم لا؟ أو اقتصرَ[1] علىٰ قوله: تعمَّدت، وقال صاحبه: أخطأت، فلا قصاصَ علىٰ واحدٍ منهما؛ لأنَّ شريكَ المخطئ، لا قصاصَ عليه، وقسطُ المخطئ من الدية يكون مخفّفاً، وقِسْطُ المتعمّد يكون مغلّظاً.

ولو قال كل واحد: تعمَّدْتُ، وأخطأَ صاحبي، فوجهانِ.

أحدهما: يجبُ القصاص؛ لاعترافِهما بالعَمْديَّة.

وأصحُّهما: المنعُ، ولا خلافَ أَنَّ الديَةَ تجبُ عليهما مُغلَّظةً.

ولو قال أحدُهما: تعمَّدْتُ، وأخطأَ صاحبي، أو قال: ولا أدري: أتعمَّدَ صاحبي، أم أخطأَ؟ وصاحبُهُ غائِبٌ أو ميتٌ، فلا قصاصَ.

ولو قال: تعمَّدْتُ وتعمَّدَ صاحبي، وصاحبُهُ غائِب، أو ميتٌ، لزمَهُ القصاصُ.

ولو قال: تعمَّدْتُ، ولا أعلمُ حال صاحبي، وقال صاحبُهُ مثلَه، أو اقتصرَ علىٰ قوله: تعمَّدْتُ، لزمَهما القصاصُ، ذكره البغويُّ وغيرُه.

ولو قال أحدُهما: تعمَّدت أنا وصاحبي، وقال الآخَر: أخطأتُ أو أخطأنا معاً، فلا قصاصَ علىٰ الثاني، ويلزمُ الأولَ علىٰ الأصحِّ.

ولو قال أحدُهما: تعمَّدْتُ وتعمَّدَ صاحبي، وقال صاحبه: تعمَّدت وأخطأَ هو،

---

(١) في المطبوع: « واقتصر ».

وجبَ القصاصُ علىٰ الأولِ، ولا يجبُ علىٰ الثاني علىٰ الصحيح؛ لأنه لم يعترفْ إلَّا بشركةِ مُخطئ.

ولو رجعَ أحَدُ الشاهدين، وأصرَّ الآخَرُ، وقال الراجعُ: تعمَّدت، لزِمَهُ القصاصُ، وإنِ اقتصرَ علىٰ قوله: تعمدْتُ، فلا.

الرابعةُ: ما ذكرنا من وُجوبِ القصاصِ علىٰ الشهود الراجعين فيما إذا قالوا: تعمَّدنا، وعلمنا أنه يقتلُ؛ بشهادتنا، فإن قالوا: تَعَمَّدنا، ولم نعلم أنه يُقتلُ، فإنْ كانوا ممن لا يخفىٰ عليه ذٰلك، وجَبَ القصاصُ، ولا اعتبارَ بقولهم، كمَنْ رمىٰ سهماً إلىٰ رجل، واعترفَ بأنه قَصَدَهُ، ولٰكن قال: لم أعلم أنه يبلُغُهُ.

وإنْ كانوا مِمَّنْ يجوزُ خفاؤُه عليهم؛ لقرب عهدهم بالإسلام، فالذي قاله الأصحاب: إنه شِبْهُ عمدٍ، لا يوجب قِصاصاً، ومال الإمامُ إلىٰ وجوبه، وحكىٰ الرُّوْيَانِيُّ وجهاً شاذّاً مأخوذاً ممَّا لو ضربَ المريض ضرباً يقتلُ المريضَ [١٢٨٠ / أ] دون الصحيح، ولم يعلمْ مرضه.

وأمَّا الديةُ، فتجبُ في مال الشهودِ مؤجَّلَةً في ثلاث سنين إلَّا أَنْ تصدقهم العاقِلة، فيجب عليها، وقال القَفَّالُ: حالَّةً؛ لتعمُّدِهم، والصحيح: الأولُ، وبه قطع الجمهورُ.

فَرْعٌ: قال ابْنُ القَطَّانِ: لو رجعَ الشهودُ، وقالوا: أخطأنا، وادَّعَوا أَنَّ العاقِلة تعرف أنهم أخطؤوا، وأَنَّ عليهم الديَة، فأنكرتِ العاقِلة العلمَ، فليس للشهود تحليفُهم، وإنما يطالب العاقِلة إذا قامت البَيِّنة.

قال ابْنُ كَجٍّ: ويحتملُ أَنَّ لهم تحليفهم؛ لأنهم لو أقرّوا لغرموا.

النوعُ الثاني: غير العقوباتِ، فمنه الأَبضاع، فإذا شهدوا بطلاقٍ بائِنٍ، أو رَضاعٍ محرّم، أو لعانٍ، أو فسخٍ بعَيب، أو غيرِها من جهات الفِراق، وقَضىٰ القاضي بشهادتهما، ثم رجَعا، لم يرتفعِ الفراقُ، لٰكن يغرمان، سواء كان قبلَ الدخولِ، أو بعده؛ فإنْ كان بعد الدخول، غرما مَهْرَ المثلِ علىٰ المشهور، وفي قولٍ: المُسَمَّىٰ. وإن كان قبلَه، فهل يغرمان مَهْرَ المثل، أم نصفَه ؟ فيه نَصَّانِ، ونص فيما لو أفسدت امرأةٌ نكاحه برضاع، أَنها تغرم نصف مَهْرِ المثل. وللأَصحاب طرقٌ، المذهبُ: وجوبُ النصفِ في الرضاع، وجميع مهرِ المِثْلِ في الرُّجوع عن الشهادة، وفي قول:

نصفه، وفي قول: نصف المسمَّىٰ، وفي قول: جميعه، وقيل: يجب جميعُ مهرِ المثلِ قطعاً، وقيل: نصفه قطعاً، وقيل: إنْ كان الزوج سلَّمَ إليها الصَّدَاق، غرمَ الشهود جميعَ مهر المثل؛ لأنه لا يتمكن من استردادِ شيء، وإلَّا فنصفه.

ولو تزوَّجها مفوّضة، وشهدا بالطلاق قبل الدخول والفرض، وقضىٰ القاضي بالطلاقِ والمتعة، ثم رجعا، فالخلاف في أنهما يغرمان مهرَ المثلِ، أو نصفَه، كما في غير التفويض؟ وفي قولٍ قديم: يغرمان المتعة التي غرمها الزوج.

ولو شهدا بطلاقٍ رجعيٍّ، ثم رجعا، فلا غرمَ؛ إذ[1] لم يفوتا شيئاً، فإنْ لم يراجع حتَّىٰ انقضت العِدَّة، التحقَ بالبائن، وَوجبَ الغرمُ علىٰ الصحيح، وقيل: لا؛ لتقصيره بتركِ الرجعةِ. وأطلق ابْنُ كَجٍّ في وجوب الغُرم بالرجوع عن شهادةِ الطلاقِ الرجعيِّ وجهَين؛ فإنْ أوجبنا الغُرْمَ في الحال، فغرموا، ثم راجعها الزوجُ، فهل عليه رَدُّ ما أخذ؟ فيه احتمالانِ، ذكرهما أبو الحَسَنِ العَبَّادِيُّ.

قلتُ: الصوابُ: الجزْمُ بالردِّ. **وٱللهُ أعلمُ.**

ولو شهدَا بطلاقٍ، وقضىٰ به، ثم رَجَعا، وقامت بَـيِّنَةٌ أنه كان بينه وبين الزوجة رَضاع محرّم، أو شهدا بأنه طلَّقها اليوم، ورجَعَا، ثم قامت بينةٌ أنه كان طلقها ثلاثاً أمسِ، فلا شيءَ عليهما؛ إذْ لم يفوتا، فإنْ غرما قبل البيِّنة استردّا.

ولو شهدا أنها زوجةُ فلان بألف، وحكم بشهادتهما القاضي، ثم رجَعا، قال البغويُّ: لا غُرْمَ، وقال ابن الصبَّاغ: إن كان بعدَ الدخول غرما ما نَقَصَ عن مَهْرِ المثل إن كان الألف دونه.

قال: وعلىٰ هـٰذا: لو كان قبلَ الدخول، ثم دخلَ بها ينبغي أَنْ يغرما ما نَقَصَ، وهـٰذا هو الذي أطلقه ابْنُ كَجٍّ. ولو شهدا أنه طلَّقها بألف، ومهرُها ألفان، فقال ابْنُ الحَدَّاد، والبغويُّ: عليهما ألف، وقد وصل إليه من المرأة ألف. وقال ابْنُ كَجٍّ: عليهما مهرُ المثل بعد الدخول [١٢٨٠ / ب] ونصفه قبلَه، كما لو لم يذكرا عوضاً، وأمَّا الألفُ، فهو محفوظ عنده للمرأة؛ لأنه لا يدّعيه[2]، وإن لم يكن قبضه، فهو في يدها.

(١) في المطبوع: « إذا ».
(٢) في المطبوع: « لأنها لا تَدَّعيه ».

فَرْعٌ: ومِنْ هٰذا النوع العتقُ، فإذا شهدا بعتقِ عبدٍ، وقضىٰ به القاضي، ثم رجعا، غرما قيمة العبد، ولم يردّ العِتق، سواءٌ كان المشهودُ بعتقه قِنّاً، أو مُدَبَّراً، أو مُكاتَباً، أو أُمَّ ولد، أو مُعَلَّقاً عِتقُهُ بصفةٍ.

ولو شهدا بتدبيرِ عبدٍ، أو استيلادِ جاريةٍ، ثم رجعا بعدَ القضاء، لم يغرما في الحال؛ لأن المِلك لم يزل، فإذا مات، غرما بالرجُوع السابق. وهٰكذا لو شهدا بتعليق عتقٍ، أو طلاقٍ بصفةٍ، ثم رجعا، وفيهما وجْهٌ؛ لأنهما لم يشهدا بما يزيلُ المِلك.

ولو شهدا بكتابته، ثم رجَعا، وأَدَّىٰ النجوم، وعتق ظاهراً، ففيم يغرمانِ؟ وجهانِ.

أحدهما: كُلّ القيمة.

والثاني: ما بين قيمته والنُّجوم.

ولو شهدا أَنه أَعتقه علىٰ مال هو دون القيمة، فالمنقولُ أنه كما لو شهدا أنه طلقها بألف، ومهرها ألفان.

فَرْعٌ: ومنه[1] إذا شهدا أنه وقفَ علىٰ مسجد، أو جهةٍ عامة، ثم رجَعا بعد القضاء، غرما قيمته، ولا يردّ الوقف، وكذا لو شهدا أنه جعل هٰذه الشاة ضحيّة[2].

الضَّربُ الثاني: ما لا يتعذَّر تداركُهُ، وهو الأموالُ؛ أعيانُها ودُيونها، فإذا شهدا[3] لرجل بمال، ثم رجعوا [4] بعدَ دفعِ المال إليه، لم ينقضِ الحكم، ولم يردّ المال إلىٰ المدَّعىٰ عليه، هٰذا هو الصحيحُ، وبه قَطَعَ الجمهورُ، وحكىٰ في « العُدَّة » وجهاً: أنه ينقضُ، ويردّ المال، وهو شاذٌّ، وهل يغرمون؟ قولان.

أظهرهما عند العراقيين، والإمام، وغيرِهم: نَعَمْ.

وقيل: لا يغرمون قطعاً.

(١) في المطبوع زيادة: « أنه ».
(٢) في المطبوع: « أضحية ».
(٣) في المطبوع: « شهدوا ».
(٤) كذا في الأصول الخطية.

وقيل: يغرمون الدَّين دون العَين، والمذهبُ: الغُرْمُ مُطلقاً.

فَصْلٌ: شهدوا على أحدِ الشريكَين في عبد؛ أنه أعتقَ حِصَّته، وهو موسِر، فقضى القاضي بعتقه، والسِّراية، ثم رجعوا، لزمَهم قيمةُ نصفِ المشهود عليه، وفي قيمةِ نصيبِ الشريكِ الخلافُ في غُرم المال شهودَ قتل الخطأ إذا رجعوا بعد غرم العاقلةِ، هل يغرمون؟ فيه الخلافُ.

ولو حكم القاضي بشهادة شهودِ الفرع، ثم رَجَعوا، غرموا.

ولو رجعَ شهودُ الأصْل، وقالوا: كذبنا، غرموا أيضاً.

ولو رجعَ الأصولُ والفروعُ، فالغُرْمُ على شهُود الفرعِ؛ لأنهم ينكرون إشهادَ[١] الأصول، ويقولون: كذبنا فيما قلنا، والحكمُ وقَعَ بشهادَتهم. وحيثُ وجبَ على الراجع عقوبة؛ من قصاصٍ، أو حَدِّ قذفٍ، دخلَ التعزيرُ، فيها، وإذا لم تَجِبْ عقوبةٌ، واعترف بالتعمُّد، عُزِّرَ.

فَصْلٌ: الرجوعُ المغرم إمَّا أَنْ يوجدَ والمحكومُ بشهادتهم على الحَدِّ المعتبر في الباب، وإمَّا أكثر عدداً، فإن كانوا على الحَدِّ؛ بأن حكم في العتق، أو القتل بشهادة رجلين، ثم رجَعا، لزمَهما الغرمُ بالسويَّة، وإن رجعَ أحدُهما، لزمَه النصفُ، وكذا لو رجمَ في الزنى بشهادة أربعة، فرجعوا جميعاً، فعليهمُ الديةُ أرباعاً، وإنْ رجعَ بعضُهم، فعليه حِصَّتُهُ منها، وإنْ زادوا على الحَدِّ المعتبر؛ بأن شهد بالقتلِ، أو الحَدِّ ثلاثةٌ، أو بالزنى خمسةٌ، فإنْ رجعَ الجميعُ، فالغرمُ عليهم بالسويَّة، وإنْ رجعَ البعضُ، نُظِرَ:

فإن ثبتَ على الشهادة الحدّ المعتبر؛ بأن رجعَ من الثلاثة في القتلِ واحدٌ، أو من الخمسة في الزنى [١٢٨١ / أ] واحدٌ، فلا غُرْمَ على الراجع على الأصحِّ، وبه قال ابْنُ سُرَيْجٍ، والإصْطَخْرِيُّ، وابْنُ الحَدَّادِ.

والثاني: يغرمُ بِحِصَّته من العدد، قاله المُزني، وأبو إسحاقَ. ولا يجبُ القصاصُ والحالة هذه بلا خلاف، كذا قاله البغويُّ. وفي «الفُروق» للشيخ أبي محمّدٍ عن القَفَّال: أنه يلزمُهُ القصاصُ إن اعترف بالتعمُّد.

---

(١) ضبب عليها الناسخ في أصل (ظ)، وكتب بهامشها (شهادة).

أمَّا إذا لم يثبت من العدد المعتبر إلاَّ بعضُهم؛ بأَنْ رَجَع من الثلاثةِ أو الخمسةِ اثنانِ، فعلىٰ الوجهَين السابقين، فإِنْ قلنا: لا غُرْمَ هناك وزّعَ الغرم هنا علىٰ العدد المعتبر، وحِصَّةُ مَنْ نَقَصَ من العدد المعتبر توزَّعُ علىٰ مَنْ رجع بالسويَّة، ففي صور الثلاثةِ يكون نصفُ الغُرْمِ علىٰ الراجعين، وإنْ قلنا: يغرمُ هناك وزّع هنا علىٰ جميع الشهودِ، فعلىٰ الاثنين الراجعين من الثلاثة ثُلُثا الغُرْمِ، هٰذا كُلُّهُ إذا كانَ جميعُ الشهود ذُكوراً أو إِناثاً؛ بأَنْ كان رضاعاً أو نحوه، فإنْ كانوا ذُكوراً وإناثاً نُظِرَ:

إِنْ لم يزيدوا علىٰ العدد المعتبر، كرجلٍ وامرأتين في رضاعٍ، أو مال، فإذا رجعوا، فعلىٰ الرجلِ نصفُ الغُرْمِ، وعلىٰ كُلِّ امرأة ربعُهُ، وإنْ زادوا علىٰ العدد، فالمشهودُ به قسمانِ.

أحدهما: ما يثبتُ بالنسوةِ منفرداتٍ، كالرّضاعِ، فإذا شهد به أربعُ نسوةٍ ورجلٌ، ورجَعوا، فعليه ثُلُث الغُرم، وعليهنَّ ثلُثاه، وإن رَجَعَ وحدَه، فلا شيءَ عليه علىٰ الأصحِّ؛ لبقاء الحجَّةِ، وكذا لو رجع امرأتانِ، وعلىٰ الثاني: عليه أو عليهما ثُلُثُ الغُرْمِ.

ولو شهدَ رجلٌ وعَشْرُ نسوةٍ، ثم رجعوا، فعليه سُدُس الغرم، وعلىٰ كُلِّ واحدة نصفُ سدسه، وإن رجع وحدَه، أو مع سِتٍّ، فما دونهن، فلا غُرْمَ علىٰ الأصح؛ لبقاء الحُجَّة، وعلىٰ الثاني: يجبُ علىٰ مَنْ رَجَعَ حِصَّته. وإِنْ رَجَعَ مع سبع، فعلىٰ الأصح: عليهم رُبُعُ الغرم؛ لبطلان رُبُع البيِّنة. وإِنْ رجعَ مع ثمان، فنصفُهُ، ومع تسعٍ ثلاثة أرباعه، ويكون علىٰ الذكر ضعفُ ما علىٰ المرأة، وعلىٰ الثاني: عليهم قَدْرُ حِصتهم[1] لو رجعوا جميعاً.

ولو رجعَ النسوةُ وحدهُنَّ، فعليهنَّ نصفُ الغُرم علىٰ الأصحِّ، وخمسة أسداسِهِ في الثاني.

القِسْمُ الثاني: مالا يَثْبُتُ بالنسوةِ منفرداتٍ، كالمالِ إذا أوجَبْنا الغُرْمَ فيه بالرجوع، فشهدَ رجلٌ وأربعُ نسوةٍ، ورجعوا، فهل [علىٰ] الرجل نصفُ الغرم، أم ثُلُثه ؟ وجهانِ.

(١) في (ظ): « حصته ».

أصحُّهما: الأولُ، فإنْ قلنا به، فرجعَ النسوةُ، فعليهنَّ نصفُ الغُرْمِ.

ولو رجعتِ امرأتانِ، فلا شيءَ عليهما علىٰ الأصحِّ؛ لبقاءِ الحُجَّة، وعلىٰ قولِ المُزنيِّ، وأبي إسحاقَ: عليهما رُبُعُ الغُرم.

ولو شهد رجلٌ وعَشْرُ نِسوةٍ، ورجعوا، فعليه نصفُ الغُرْم، وعليهنَّ نصفُه علىٰ الأصحِّ، وعلىٰ الثاني: عليه سدُسه، وعليهنَّ الباقي.

ولو رجعَ وحدَه، فعليه النصفُ علىٰ الأصحِّ، وعلىٰ الآخَر: إنما عليه السدُس.

ولو رجعْنَ دونه، فعليهنَّ النصفُ في الأصحِّ، وفي الآخَرِ: خمسةُ أسداسٍ.

وإذا علَّقنا نصفَ الغُرم برجوع الرجلِ، فرجعَ معه ثمان نسوةٍ، فعليه النصفُ، ولا شيءَ عليهنَّ؛ بناء علىٰ أنه لا يثبُتَ بشهادتهنَّ إلاَّ نصفُ الحق[1]، وقد بقي من النساء مَنْ يتمّ به ذٰلك.

وعلىٰ قولِ المزنيِّ، وأبي إسحاقَ: عليهنَّ أربعةُ أخماسِ النصفِ.

ولو رجع [١٢٨١ / ب] مع تسعِ نسوةٍ، لزمَه النصفُ، وعليهنَّ الربُعُ؛ لبقاء رُبع الحُجَّة، وعلىٰ قول المزني: عليه نصفٌ، وعليهنَّ تسعةُ أعشارِ النصفِ الآخَر.

وإنْ رجعَ ثمان نسوةٍ لا غير، فلا شيءَ عليهنَّ، وعلىٰ قوله: عليهنَّ أربعةُ أخماسِ النصفِ.

فَرْعٌ: هل يتعلَّق الغُرْمُ بشهودِ الإحصان مع شهودِ الزنىٰ، وبشهود الصفةِ مع شهودِ تعليقِ الطلاق والعتقِ؟ وجهانِ، وقيل: قولان.

أصحُّهما: لا.

وقيل: إنْ شهدوا بالإحصانِ بعد شهادة شهودِ[2] الزنىٰ غرموا، وإلاَّ، فلا، فإنْ غرمناهم، فقالوا: تعمَّدنا، لزمهم القصاصُ، كشهودِ الزِّنىٰ.

وفي كيفيَّة توزِيع الغُرم عليهم، وعلىٰ شُهود الزنىٰ وجهانِ.

أصحُّهما: اعتبارُ النِّصابَين، فعلىٰ شهودِ الإحصانِ ثلُثُ الغُرم، والآخرينَ ثلثاه.

---

(١) في المطبوع: « الغرم »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ١٣٦).
(٢) كلمة: « شهود » ساقطة من المطبوع.

والثاني: يوزَّعُ نصفين؛ اعتباراً بالجِنسَين، كالقاضي مع الشهودِ، وإذا غرمنا شهودَ الصفةِ، غرموا النصفَ قطعاً، فإذا شهد أربعةٌ بالزنىٰ، واثنانِ بالإحصان، ورجعوا كلُّهم بعد الرجم، فإنْ قلنا بالأصحِّ: إنَّ شهودَ الإحصان لا يغرمون، فالضمانُ علىٰ شهودِ الزنىٰ، وإلَّا فعلىٰ الجميع أثلاثاً علىٰ الأصحِّ، ومُناصفَةً علىٰ الآخَر. وإنْ رجع واحد من شهود الزِّنىٰ، وواحدٌ من شاهدي الإحصانِ، فإنْ لم نغرم شهودَ الإحصانِ، فعلىٰ الرابع من شهودِ الزنىٰ رُبُعُ الغُرم، وإنْ غرمناهم، فإنْ نَصَفْنا، فعليه ثُمنُ الغرم، وعلىٰ الآخرِ رُبُعٌ، وإنْ ثلَّثنا، فعلىٰ كُلِّ واحدٍ منهما سدُسه، وإنْ رجعَ واحد من أحدِ الصنفَين لا غير، ففيما عليه، هٰذا الخلاف.

ولو شهدَ أربعةٌ بالزنىٰ والإحصانِ جميعاً، ثم رجعَ أحدُهم، فإنْ لم نغرم شهود الإحصان، فعليه رُبُعُ الغرم، وإنْ غرمناهم، فقد بَقي هنا من تقومُ به حُجَّة الإحصان، فإنْ غرمنا الرابع مع ثبات مَنْ تقومُ به الحُجَّةُ، لزمَهُ الربعُ أيضاً، كما لو رجعوا كُلُّهم، وإنْ لم نغرمه، فلا ضمانَ عليه؛ بسبب الإحصان، وأمّا بسبب الزنىٰ، فإنْ نَصَّفْنا، فعليه ثُمنُ الغُرم، وإن ثَلَّثنا، فسدُسه، وإنْ رجعَ ثلاثة وبقي واحد، فقد بَطَلَ ثلاثة أرباع حُجَّةِ الزِّنىٰ، ونصف حُجَّةِ الإحصان، فإنْ لم نغرم شهودَ الإحصان، لزمهم ثلاثةُ أرباع الغُرم، وإنْ غرمناهم، فعلىٰ كلِّ واحد إنْ نَصَّفْنا للرجوع عن الزنىٰ ثمن الغرم، وعن الإحصان نصف سدُسه بتوزيع نصف غرم الإحصان عليهم، وإنْ ثَلَّثنا، فعلىٰ كل واحد للرجوع عن شهادة الزنىٰ سدُس الغرم؛ توزيعاً للثلُثين علىٰ الأربعة، وعن الإحصانِ ثلُث سدُسه؛ توزيعاً لنصفِ غرم الإحصانِ علىٰ الراجعين.

ولو شهدَ أربعةٌ بالزنىٰ، واثنان منهم بالإحصان، ثم رجعوا بعد الرجْمِ، فإنْ لم نغرم شهودَ الإحصان في المسائل السابقة، فكذا هنا، وإنْ غرمناهم، فهل يغرمُ شاهدا[(١)] الأصل هنا زيادة؟ وجهانِ:

فإنْ قلنا: نَعَمْ، عاد الخلافُ، فإن نَصَّفْنا فعلىٰ اللَّذَين شهدا بالإحصان ثلاثةُ أرباع الغُرم: النصف بشهادة الإحصان، والربع بالزنىٰ، وعلىٰ الآخرين الربع، وإنْ ثَلَّثنا، فعلىٰ شاهدَي الإحصانِ ثلثان، وعلىٰ الآخرين ثلث، وإنْ رجعَ [١٢٨٢ / أ] واحد منهم، فإنْ لم نغرمْ شهودَ الإحصان، فعليه ربُعُ الغُرم، وإنْ غرمناهم، فإنْ كان

---

(١) في (أ)، والمطبوع: « شاهد »، وفي (س): « فهل نغرم شاهدي ».

الراجع من شاهدَي الإحصان، فإنْ نَصَّفْنا، لزمه [ثلاثة أثمان الغرم؛ ثُمن للزنىٰ، وربُعٌ للإحصان، وإنْ ثَلَّثنا، لزمه ثلث الغُرم؛ سدُس لهٰذا، وسدس لذاكَ. وإن كان الراجع من الآخرين؛ فإن نَصَّفْنا لزمه][1] ثُمن الغُرم، وإن ثَلَّثنا، فالسدُس.

ولو شهدَ ثمانيةٌ بالزنىٰ والإحصانِ، ثم رجعَ أحدُهم، فلا غُرمَ علىٰ الأصحِّ؛ لبقاء الحُجَّتين، وكذا لو رجعَ ثانٍ، وثالثٌ، ورابعٌ، فإنْ رجعَ خامس، فقد بَطَلَتْ حُجَّةُ الزنىٰ، ولم تبطُلْ حجَّةُ الإحصان؛ فإن لم نغرمْ شهودَ الإحصان، فعلىٰ الخمسةِ رُبُعُ الغُرم؛ لبطلان رُبُع الحجَّة، وإنْ غرَّمناهم، فلا غُرْمَ هنا لشهادةِ الإحصان علىٰ الأصحِّ؛ لبقاءِ حُجَّته، ويغرم الراجعون رُبُعَ غُرْم الزنىٰ، وهو السدُسُ إنْ ثَلَّثنا، والثمنُ إنْ نَصَّفْنا، وإنْ رجعَ ستة، لزمَه نصفُ غُرم الزنىٰ، وهو الثلُثُ إنْ ثلَّثناه، والربعُ إنْ نَصَّفْناه، وإنْ رجعَ سبعةٌ، بَطَلَتِ الحُجَّتان، ولا يخفىٰ قياسُهُ.

فرعٌ[2]: شهد أربعةٌ علىٰ رجل بأربع مئة، ثم رجع أحدُهم عن مئة، وآخَرُ عن مئتين، وثالث عن ثلاث مئة، والرابعُ عن الجميع، فالبَيِّنة باقيةٌ بتمامها في مئتين.

فالأصحُّ أنه لا يجبُ غرمهما، ويجب علىٰ[3] الأربعة غُرمُ المئة بالرجوع عنها باتفاقهم، وعلىٰ الثاني والثالثِ والرابعِ ثلاثةُ أرباع المئةِ التي اختصُّوا بالرجوع عنها.

والوجه الثاني: علىٰ كُل واحدٍ حِصَّتُهُ فيما رجع عنه، فعلىٰ الأول: رُبُعُ المئةِ، وعلىٰ الثاني: خمسونَ، وعلىٰ الثالث: خمسةٌ وسبعونَ، وعلىٰ الرابع: مئةٌ.

فَصْلٌ: إذا حكم القاضي بشهادةِ اثنَين، ثم بانَ كونُهما كافرَين، أو عبدَين، أو صبيَّين، فقد سبقَ أنه ينقضُ حكمه، وكذا لو بانَا فاسقَين علىٰ الأظهر.

قال الإمام: ومعنىٰ نقضه أَنَّا نتبيَّنُ الأمر علىٰ خلاف ما ظنَّه، وحكمَ به؛ فإنْ كان المشهودُ به طلاقاً، أو عِتقاً، أو عقداً فقد بانَ أنه لا طلاقَ، ولا عتقَ، ولا عقدَ، فإنْ كانتِ المرأةُ ماتت، فقد ماتت وهي زوجَتُهُ، وإنْ ماتَ العبدُ ماتَ وهو رقيقٌ له، ويجبُ ضمانه.

---

(١) ما بين حاصرتين ساقط من المطبوع.
(٢) كلمة: « فرع » ساقطة من المطبوع.
(٣) في المطبوع: « عن ».

وإنْ كان المشهودُ به قتلاً، أو قطعاً، أو حدّاً واستوفي[١]، وتعذَّر التدارك، فضمانُهُ علىٰ عاقِلة القاضي علىٰ الأظهر، وفي بيتِ المال علىٰ قولٍ، كما سبقَ في ضمان الولاة[٢]. وإنما تعلَّق الضمانُ بالقاضي؛ لتفريطه بتركِ البحثِ التامِّ عن[٣] حال الشهود، ولا ضمانَ علىٰ المشهود له؛ لأنه يقول: استوفيتُ حَقِّي، ولا علىٰ الشهود؛ لأنهم ثابتونَ علىٰ شهادتهم زَاعمونَ صدقَهم، بخلاف الراجعين.

وإذا غرمت العاقلة، أو بيت المال، فهل يثبتُ الرجوعُ علىٰ الشهود؟ فيه خلافٌ وتفصيلٌ، سبق في باب «ضمان الوُلاة» والذي قطعَ به العراقيون أنه لا ضمانَ عليهم، قالوا: وكذا لا ضمانَ علىٰ المزكّين؛ لأن الحكمَ غيرُ مبنيٍّ علىٰ شهادتهم، وقال القاضي أبو حامد: يرجعُ الغارم علىٰ المزكِّين، ويستقرُّ عليهم الضمانُ، بخلاف الشهود؛ لأنه ثبتَ عند القاضي أَنَّ الأمرَ علىٰ خلاف قولِ المزكِّين، ولم يثبتْ أنه خلاف قول الشهود وإلىٰ هـٰذا مالَ القاضيانِ: أبو الطيِّبِ والرُّوْيَانِي، ومفهوم ما ذكروه أنه يجوزُ تغريمُ المزكِّين أوَّلاً، ثم لا رجوعَ لهم علىٰ القاضي، وأشار [١٢٨٢ / ب] الإمامُ إلىٰ مثل ذٰلك في الشهود إذا قلنا بالرجوع عليهم، ولا فرقَ فيما ذكرناه من تعليق الضمان بالقاضي بين أَنْ يكون الحكمُ في حَدِّ ٱللهِ تعالىٰ، أو في[٤] قصاصٍ، وسواءٌ في القصاصِ استوفاه المُدَّعي، أو القاضي بنفسِه، أو فَوَّضَ استيفاءَه بإذنِ المدَّعي إلىٰ شخصٍ. وسبق في «أَدب[٥] القاضي» عن الإِصْطَخْرِيِّ: أَنَّ المدَّعي إِنِ استوفاه بنفسه، فالضمانُ عليه، وأنه إنما يعلق الضمانُ بالقاضي إذا باشر الاستيفاءَ أو فوَّضه إلىٰ غيره بإذنِ المدَّعي.

وإن كان المحكومُ به مالاً، فإنْ كان باقياً عند المحكوم له انتزعَ، وإن كان تالِفاً، أخذَ منه ضمانه، وقيل: إِنْ تلفَ بآفةٍ سماويَّة، فلا ضمانَ، والصحيحُ: الأولُ، وفرَّقوا بينه وبين الإتلاف حيث قلنا: لا غُرْمَ عليه فيه؛ بأَنَّ الإتلافَ إنما يضمنُ إذا وقعَ علىٰ وجْهِ التعدِّي، وحكمُ القاضي أخرجَه عن التعدّي، وأما المالُ،

---

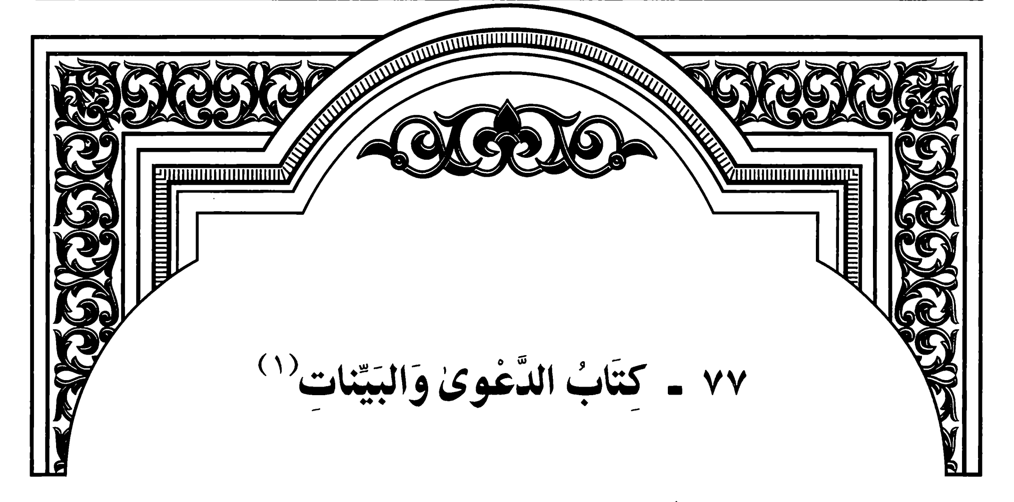
(١) في المطبوع: «استوفي» بدون «الواو».
(٢) في (ظ، أ)، و(فتح العزيز: ١٣ / ١٤٣): «الولادة»، المثبت من (س).
(٣) في المطبوع: «علىٰ».
(٤) كلمة: «في» ليست في المطبوع.
(٥) في (ظ)، والمطبوع: «إذن»، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ١٤٢).

فإذا حصل في يد إنسانٍ بغيرِ حَقٍّ كان مضموناً، وإِنْ لم يوجَدْ منه تَعَدٍّ؛ فإن كان المحكوم له معسِراً أو غائباً، فللمحكوم عليه مطالبة القاضي ليغرمَ له من بيت المال في قولٍ، ومِنْ خالِصِ مالِهِ في قول؛ لأنه ليس بدل نفس تتعلَّق بالعاقِلة. ثم القاضي يرجعُ علىٰ المحكوم له إذا ظَفِرَ به موسِراً، وهل له الرجوعُ علىٰ الشهود؟ جعلَه الإمامُ علىٰ الخلافِ والتفصيلِ المشار إليهما في الإتلافاتِ، ويجيءُ أن يقال علىٰ قياس ما سبق: إن المحكومَ عليه يتخيَّرُ في تغريم القاضي، وتغريمِ المحكوم له، وبٱلله التوفيقُ[1].

✍ ✍ ✍

(١) في (أ): « وبالله العصمة والتوفيق ».





٧٧ ـ كِتَابُ الدَّعْوىٰ وَالبَيِّناتِ(١)

فيه سبعةُ أبوابٍ؛ لأنَّ الدعوىٰ تدورُ علىٰ خمسةِ أشياء: الدعوىٰ وجوابها، واليمين، والبَيِّنة والنكول، فهٰذه خمسة. والسادس في مسائِلَ تتعلَّق بهٰذه الأصول، والسابعُ في دعوىٰ النسَبِ، وإلحاق القائِفِ.

الأولُ: في الدعوىٰ، وفيه مسائِلُ:

إحداها: في أَنَّ المستحقَّ متَىٰ يحتاجُ إلىٰ المرافعة والدعوىٰ، فالحقُّ(٢) إذا كان عقوبةً، كالقصاصِ، وحَدِّ القذفِ، اشترطَ رفعهُ إلىٰ القاضي؛ لِعِظَم خَطره.

وإنْ كان مالاً، فهو عَيْنٌ، أو دَين؛ فإنْ كان عيناً، فإنْ قَدَرَ علىٰ استردادِها من غيرِ تحريكِ فتنةٍ، استقلَّ(٣) به، وإلَّا فلا بُدَّ مِنَ الرَّفع.

وأَمَّا الدَّينُ: فإن كان مَنْ عليه مُقِرّاً، غير ممتنعٍ من الأداء، طالبه ليؤدِّي، وليس

---

(١) الدعوىٰ لغةً: هي الطلبُ والتمنّي، ومنه قوله تعالىٰ: ﴿وَلَهُم مَّا يَدَّعُونَ﴾ [يسٓ: ٥٧]، وألفها للتأنيث، وتجمع علىٰ دعاوَىٰ ودعاوٍ، مثل: فتاوىٰ وفتاوٍ. قيل: سميت دعوىٰ؛ لأنَّ المدعي يدعو صاحبه إلىٰ مجلس الحكم ليخرج من دعواهُ.

وشَرْعاً: إخبارٌ عن وجوب حَقٍّ علىٰ غيره عند حاكم.

والبينات: جمع بيّنة، وهم الشهود؛ سمُّوا بذٰلك؛ لأن بهم يتبين الحق (مغني المحتاج: ٤ / ٤٦١)، وانظر: (النظم المستعذب: ٢ / ٣١٠)، و(النجم الوهاج: ١٠ / ٣٨٩)، و(المعتمد: ٥ / ٤٢٣ ـ ٤٢٤)، و(التهذيب: ٨ / ٣١٧ ـ ٣١٨).

(٢) في المطبوع: «كالحق».

(٣) في (ظ): «اشتغل»، وفي المطبوع: «أشغل»، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ١٤٦).

له أَنْ يأخُذ شيئاً مِنْ ماله؛ لأنَّ الخيارَ في تَعيينِ المالِ المدفوع إلىٰ مَنْ عليه، فإنْ خالفَ، وأخذَ شيئاً من ماله، لزمه رَدُّهُ، فإنْ تلفَ عنده، وجبَ ضمانُهُ، فإنِ اتفقا، جاء خلافُ التقاصِّ. وإنْ لم يكن كذٰلك، فإمَّا أَنْ يمكنَ تحصيل منه بالقاضي، وإما أَنْ لا يمكن، فإن لم يمكن؛ بأَنْ كان مُنكراً، ولا بَـيِّنَةَ لصاحب الحقِّ، فله أَنْ يأخذَ جنسَ حقِّه مِنْ ماله إنْ ظَفِرَ به، ولا يأخذ غيرَ الجنس مع ظفره بالجنس.

وفي « التهذيب » وجهٌ: أنه يجوز، وهو ضعيف، فإن لم يجدْ إلَّا غير الجنس، جاز الأخذ على المذهب [١٢٨٣ / أ]، وبه قطع الجمهورُ، وقيل: قولان.

وإن أمكنَ تحصيلُ الحقِّ بالقاضي؛ بأَنْ كان مُقِرّاً مماطِلاً، أو منكِراً عليه[1] بَـيِّنة، أو كان يرجو إقرارَه لو حضرَ عند القاضي، وعرضَ عليه اليمين، فهل يستقلُّ بالأخذِ، أم يجبُ الرفعُ إلىٰ القاضي ؟ وجهان.

أصحُّهما: جوازُ الاستقلالِ، قاله أبو إسحاقَ، وابْنُ أبي هُريرةَ، وصحَّحهُ القاضيانِ: أبو الطيِّب، والرُّوْيَاني؛ للحديث الصحيح في قصة هِنْدٍ[2]، ولأن في المرافعة مشقةً ومؤنةً، وتضييعَ زمانٍ.

ومتىٰ جاز للمستحِقِّ الأخذُ، فلم يَصِلْ إلىٰ المالِ إلَّا بكسر الباب، ونَقْبِ الجدار، جازَ له ذٰلك، ولا يضمنُ ما فوته، كمن لم يقدِرْ علىٰ دفع الصائل إلَّا بإتلافِ ماله، فأتلفه، لا يضمَنُ، وقيل: يضمنُ، وهو شاذٌّ.

ثم إنْ كان المأخوذُ مِنْ جنسِ الحقِّ، فله تملُّكه، وإنْ كان مِنْ غيرِ جنسِه، لم يكن له التملُّكُ، وقيل: يتملَّكُ قَدْرَ حَقِّه، ويستقلُّ بالمعاوَضة للضرورة، كما يستقلُّ بالتعيين عند أخذه الجنس، والصحيحُ: الأولُ.

ثم هل يرفعُه إلىٰ القاضي ليبيعَه، أم يستقلُّ ببيعه ؟ وجهانِ، ويقال: قولان.

أصحُّهما عند الجمهور: الاستقلالُ، هٰذا إنْ كان القاضي جاهلاً بالحالِ، ولا بَـيِّنة للآخِذ، فإنْ كان القاضي عالماً، فالمذهبُ أنه لا يبيعُهُ إلَّا بإذنه، فإنْ أَوجَبنا

---

(١) في المطبوع زيادة: « وله ».

(٢) يعني: ما أخرجه البخاري (٢٢١١) وأطرافه، ومسلم (١٧١٤) عن عائشة رضي الله عنها قالت: قالت هند، امرأة أبي سفيان للنبي ﷺ: إنَّ أبا سفيان رجل شحيح، وليس يعطيني ما يكفيني وولدي إلَّا ما أخذتُ منه، وهو لا يعلم ؟ قال: خذي ما يكفيكِ وولدكِ بالمعروف.



الرفعَ إلىٰ القاضي، فهل للقاضي أَنْ يأذن له في بيعهِ، أو يفوِّضه إلىٰ غيره ؟ وجهانِ.

أصحُّهما: الأول، وفي طريقةٍ عند الرفع وجهان.

أحدهما: يبيعُه القاضي بعد إقامة البينة علىٰ استحقاقِ المالِ، وهـٰذا يبطلُ فائدة تجويز البيع عند العَجْزِ عن البَـيِّنة.

والثاني: يواطئ رجلاً يُقِرُّ له بالحقِّ، ويمتنعُ مِنَ الأداء، ويقرُّ له الآخذ بالمال حتَّىٰ يبيعَه القاضي، وهـٰذا إرشادٌ إلىٰ الكذِب من الطرفين، ويضعف وجوب الرفع.

ثم عند البيع؛ إنْ كان الحقُّ من جنس نقد البلد[١]، بيع المأخوذُ به، وإنْ لم يكن؛ بأن ظَفِرَ بثوبٍ، والدَّينُ حِنطةٌ، بيعَ الثوبُ بنقدِ البلدِ، ثم يشتري به حنطة. وحكىٰ الإمام عن مُحَققي الأصحاب: أنه يجوزُ أن يشتري غير الحِنطة بالثوب، ولا يوسّط النقد بينهما، وهل يكونُ المأخوذُ مضموناً علىٰ الآخذ حتَّىٰ لو تلفَ قبل البيع، أو التملك يتلف من ضمانه، أم لا ؟ وجهان.

أصحُّهما: نَعَمْ، وهو الذي ذكره الصَّيدلاني، والإمامُ، والغزاليُّ؛ لأنه أخذه لغرضه، كالمُسْتام؛ بل أَوْلىٰ؛ لأن المالكَ لم يسلّطه، فعلىٰ هـٰذا: ينبغي أَنْ نبادرَ إلىٰ البيع بحسب الإمكان، فإنْ قصرَ، فنقصت قيمتُهُ، ضمِنَ النقصانَ، ولو انخفضتِ القيمةُ، وارتفعَتْ، وتلفَ، فهي مضمونةٌ عليه بالأكثر.

ولو اتفقَ ردّ العين، لم يضمَنْ نقصَ القيمة كالغاصب. ولو باعه، وتملَّك ثمنَهُ، ثم قضىٰ المستحقَّ دينَه، ففيما علق عن الإمام: أنه يجبُ أَنْ يردَّ إليه قيمةَ المأخوذِ، كما إذا ظفرَ المالك بغيرِ جنسِ المغصوبِ من مالِ الغاصِبِ، فأخذَه، وباعه، ثم رَدَّ الغاصبُ المغصوبَ، فإنَّ علىٰ المالكِ أَنْ يردَّ قيمةَ ما أخذَه وباعَهُ، وينبغي أَنْ لا يردَّ شيئاً، ولا يعطي شيئاً.

فَرْعٌ: ليس له الانتفاعُ بالعَين المأخوذة، فإنِ انتفعَ، لزمَه أجرةُ المِثْل.

فَرْعٌ:[١٢٨٣ / ب] لا يأخذُ أكثرَ من حقِّه إذا أمكنَه الاقتصارُ عليه، فإنْ زاد، فالزيادةُ مضمونة عليه، فإن لم يمكنه بأَنْ لم يظفَرْ إلاَّ بِمتاعٍ يزيدُ قيمتُهُ علىٰ قَدْرِ حقه، فإن قلنا: لو كان المأخوذُ قَدْرَ حقّه لا يكون مضموناً، فكذا الزيادةُ، وإن قلنا: يكون

---

(١) في (ظ): « البائع » تحريف.

مضموناً لم يضمنِ الزيادةَ على الأصح .

ثم إذا كان المأخوذُ أكثرَ من حقِّه، فإنْ كان مِمَّا يتجزّأ باعَ منه قَدْرَ حقِّه، وسعىٰ في رَدِّ الباقي إليه بهبةٍ ونحوها، وإِنْ كان لا يتجزَّأ، فإِنْ قَدَرَ علىٰ بيع البعض بما هو حقُّه، [باعه] وسعىٰ في رَدّ الباقي إليه، وإنْ لم يقدِرْ باعَ الجميعَ، وأخذَ من ثمنه قَدْرَ حقِّه، وحفظَ الباقي إلىٰ أَنْ يَرُدَّهُ .

فَرْعٌ: حَقُّهُ دراهم صِحَاح، فظفر بمكسَّرةٍ، فله أخذُها، وتملكها بحقِّه .

ولو استحقَّ مكسرةً، فظفِرَ بصحاحٍ، فالمذهبُ جوازُ الأخذِ؛ لاتحاد الجنس، وقيل: فيه الخلاف في اختلافِ الجنسِ؛ لاختلاف الغَرَضِ، وإذا أخذها، فليس له تملُّكُها، ولا يشتري بها مكسرةً لا متفاضلاً؛ لما فيه من الرِّبا، ولا متساوياً؛ لأنه يجحف بالمأخوذ منه، لٰكن يبيعُ صحاحَ الدراهم بدنانير، ويشتري بها دراهمَ مكسرةً، ويتملَّكُها .

فَرْعٌ: شَخصانِ، ثبتَ لكلِّ واحد منهما علىٰ صاحبه مثل ماله عليه، ففي حُصول التقاصِّ أقوالٌ مشهورة في كتاب « الكتابة »؛ فإنْ قلنا: لا يحصلُ التقاصّ، فجحدَ أحدُهما الآخر، فهل للآخَر جحده؛ ليحصلَ التقاصُّ للضرورة ؟ وجهان، أصحُّهما: نَعَمْ .

فَرْعٌ: كما يجوزُ الأخْذُ من مال الغريم الجاحِد، أو المماطِل، يجوزُ الأخْذُ من مالِ غريمِ الغريمِ، بأَنْ يكونَ لزيدٍ علىٰ عَمْرٍو دَين، ولعَمْرٍو علىٰ بكر مثله، يجوزُ لزيدٍ أَنْ يأخذَ مالَ بَكْرٍ بمالَهُ علىٰ عَمْرٍو. ولا يمنعُ من ذٰلك ردّ عَمْرٍو، وإقرار بَكْرٍ، ولا جُحود بَكْر استحقاق زيدٍ علىٰ عَمْرٍو .

فَرْعٌ: جحدَ دَينه، وله عليه صكٌّ بدَين آخَر قد قبضه، وشهودُ الصكِّ لا يعلمونَ القبضَ، قال القاضي أبو سَعْدٍ: له أَنْ يدعيَ ذٰلك، ويقيمَ البَـيِّنة، ويقبضه بدَينه الآخَر، وفي « فتاوىٰ القَفَّال » أنه ليس له ذٰلك .

قلتُ: الصحيحُ قولُ أبي سَعْدٍ. ولو حدثَتْ من المأخوذ زيادة قبلَ تملُّكه حيث يجوز[١]، أو قبلَ بيعِهِ، فهي علىٰ مِلكِ المأخوذ منه. **والله أعلمُ** .

---

(١) في المطبوع: « جوز ».



المسألةُ الثانيةُ: في حَدِّ المدَّعي والمدَّعىٰ عليه، ويحتاجُ إلىٰ معرفته؛ لأنَّ البينَةَ علىٰ المدَّعي، واليمين علىٰ المدَّعىٰ عليه؛ لقوَّة جانبه، وفيه قولان مستنبطان من اختلاف قول الشافعي رحمَهُ اللهُ في مسألة إسلام الزوجَين التي سنذكرها الآنَ، إنْ شاءَ اللهُ تعالىٰ.

أظهرُها عند الجمهور: أَنَّ المدَّعِي: مَنْ يَدَّعي أمراً خفيّاً يخالفُ الظاهر، والمدَّعىٰ عليه: مَنْ يوافِقُ قوله الظاهر.

والثاني: المدَّعِي: من لو سكتَ خلي ولم يطالب بشيء، والمدَّعَىٰ عليه مَنْ لا يخلىٰ، ولا يكفيه السكوتُ، فإذا ادَّعىٰ زيد دَيناً في ذمة عَمْرٍو، أو عَيناً في يده، فأنكرَ، فزيدٌ هو الذي لو سكتَ ترك، وهو الذي يذكرُ خلاف الظاهر؛ لأنَّ الظاهرَ براءَةُ ذمةِ عَمْرٍو، وفراغ يده مِنْ حقِّ غيره، وعَمْرٌو هو الذي لا يتركُ، ويوافقُ قوله الظاهر، فزيدٌ مُدَّعٍ بِمُقتضىٰ القولين، وعَمْرٌو مُدَّعًى عليه، ولا يختلف موجبهما غالباً، وقد يختلفُ، كما إذا أسلم [١٢٨٤ / أ] زوجانِ قبل الدخول، فقال الزوجُ: أسلمنا معاً، فالنكاحُ باقٍ، وقالت: بل علىٰ التعاقُب، ولا نكاحَ، فإن قلنا: المدَّعي مَنْ لو سكتَ تركَ، فالمرأةُ مُدَّعية، وهو مُدَّعًى عليه؛ لأنه لا يتركُ لو سكتَ؛ لأنها تزعمُ انفساخَ النكاحِ، فيحلف، ويستمرُّ النكاح، وإنْ قلنا بالأظهر، فالزوجُ مُدَّعٍ؛ لأن مَا يزعمُهُ خلاف الظاهر، وهي مُدَّعًى عليها، فتحلف، ويرتفعُ النكاح.

ولو قال الزوجُ: أسلمَتْ قبلي، فلا نكاحَ[1]، ولا مهرَ، وقالت: بل أسلمنا معاً، وهما بحالهما، فقولُه في الفراق يلزمُهُ، وأَمَّا المهرُ، فالقولُ قولُه علىٰ الأظهر، وعلىٰ الثاني: قولُها؛ لأنها لا تتركُ بالسكوت؛ لأن الزوجَ يزعمُ سقوطَ المهر، فإذا سكتَتْ ولا بينةَ، جُعلت ناكِلةً، وحلفَ، وسقطَ المهرُ.

قال الأصحابُ: والأمناءُ الذين يصدّقون في الرد بيمينهم مدَّعون؛ لأنهم يزعمون الردَّ الذي هو خلاف الظاهر، لـٰكن اكتفي منهم باليمين؛ لأنهم أثبتوا أيديهم، لغرض المالك. وقد ائتمنهم، فلا يحسنُ تكليفهم بنية الردِّ، وأما علىٰ القول الثاني، فهم مُدَّعًى عليهم؛ لأن المالكَ هو الذي لو سكت تركَ.

---

(١) في المطبوع: « فلي النكاح ».

قال الرُّوْيَانِيُّ وغيرُهُ: وقد يكون الشخصُ مُدَّعِياً ومُدَّعًى عليه في المنازعة الواحدة. كما في صورة التحالُف. هٰذا كلامُ الأصحابِ. وبالله التوفيقُ.

فَصْلٌ: في حَدِّ الدعوىٰ الصحيحةِ، وشرطُها: أَنْ تكونَ معلومةً مُلزِمةً.

الأول: العلمُ بالمدَّعَىٰ بهِ، فإنْ كان نقداً، اشترطَ ذكر جنسِهِ ونوعِهِ وقَدْرِهِ، قال ابْنُ الصبَّاغ: وإنِ اختلفَ الصِّحاح والمكسَّرة بينَ أنها صِحاح أو مكسّرة. ومطلقُ الدينارِ ينصرفُ إلىٰ الدينارِ الشرعيِّ، ولا حاجة إلىٰ بيان وزنه.

وإنْ كان غيرَ نقدٍ، نُظِرَ:

إنْ كان عَيناً، وهي مما تضبطُ بالصفة، كالحُبوب، والحيوان، والثياب، وصفها بصفاتِ السَّلَم، ولا يشترطُ ذكر القيمة في الأصح، وإنْ كانت تالفةً، كفىٰ الضبطُ بالصفات إنْ كانت مثليَّةً، ولا يشترطُ ذكرُ القيمة، وإن كانت متقوَّمةً، اشترطَ ذكر القيمة؛ لأنها الواجب عند التلف.

وإنِ ادَّعَىٰ سيفاً مُحَلًّى، اشترطَ ذكر قيمته، ويقوّمه بالذهب إنْ كان مُحَلًّى بالفضة، وبالفضةِ إنْ كان مُحَلًّى بالذهب، فإنْ كان مُحَلًّى بهما، قوّمه بأحدهما للضرورة.

وفي الدراهمِ والدنانيرِ المغشوشة يدَّعي مئة درهم من نقدِ كذا، قيمتُها كذا ديناراً، أو ديناراً من نقدِ كذا قيمته كذا درهماً، هٰكذا ذكره الشيخ أبو حامد، وغيرُه، وكأنه جواب علىٰ أَنَّ المغشوشَ متقوّم، فإنْ جعلناه مثليّاً، فينبغي أن لا يشترطَ التعرّض للقيمة.

وفي العقار يتعرَّض للناحية والبلدة، والمَحلّة، والسِّكّةِ، وتبين الحُدود، ويستثنىٰ عن[1] اشتراط العلم صُوَرٌ[2]:

إحداها: إنما يعتبرُ إذا طلب معيناً، فأما مَنْ حضر ليعينَ، ويفرض له القاضي، كالمفوّضة تطلب الفرضَ علىٰ قولنا: لا يجبُ المهر بالعقد، والواهب يطلبُ الثواب، فلا يتصوّر الإعلام.

---

(١) في المطبوع: « من ».

(٢) في المطبوع: « صوراً ».



الثانية: قال: أَدَّعي أن مورِّثكَ أوصىٰ لي بثوب، أو بشيء، تسمعُ الدعوىٰ؛ لأن الوصيةَ تحتمل الجهالة، فكذا دعواها، وألحق ملحقون دعوىٰ الإقرار بالمجهول بدعوىٰ الوصيَّة، ومنهم مَنْ ينازع كلامه فيه [١٢٨٤ / ب] ويصح دعوىٰ الإبراء عن المجهول إنْ صحَّحنا الإبراءَ عن المجهول.

الثالثة: ادَّعىٰ أَنَّ له طريقاً في ملكِ غيره، أَو ادَّعىٰ[(١)] حَقَّ إجراء الماء، قال القاضي أبو سَعْدٍ[(٢)]: الأصحُّ أنه لا يحتاج إلىٰ إعلامِ قَدْرِ الطريق والمَجْرىٰ، ويكفي لصحة الدعوىٰ تحديدُ الأرض التي يدعي فيها الطريقَ والمجرىٰ، وكذا لا تصحُّ الشهادة المرتَّبة عليها.

وقال أبو عليٍّ الثَّقَفِيُّ[(٣)]: يشترطُ إعلامُ قَدْرِ الطريق والمجرىٰ.

قال: وكذا لو باع بيتاً من دار، وسَمَّىٰ له طريقاً، ولم يبيّنْ قَدْره [لا يصح].

قال القاضي: وعندي أنه لا يشترطُ هٰذا الإعلامُ في الدعوىٰ، لٰكن يؤخذُ علىٰ الشهودِ إعلامُ الطريقِ ومسيلِ الماء[(٤)] بالذُّرْعانِ[(٥)]؛ لأنَّ الشهادةَ أعلىٰ شأناً؛ فإنها تستقلُّ بقوَّة إيجابِ الحكمِ بخلاف الدعوىٰ.

ولو أحضرَ المدَّعي ورقةً، وحرَّرَ فيها دعواه، وقال: أَدَّعي ما فيها، وأَدَّعي ثوباً بالصفاتِ المكتوبة فيها، ففي الاكتفاءِ به لصحةِ الدعوىٰ وجهان.

الشرطُ الثاني: كونُها مُلزِمةً، فلو قال: وهبَ لي كذا، أو باعَ، لم تسمَعْ دعواه حتَّىٰ يقولَ: ويلزمه التسليمُ إليَّ؛ لأنه قد يَهَبُ، ويبيعُ، وينقضُها قبل القبض هٰكذا[(٦)] نقله الفُوْراني[(٧)]، والغزاليُّ، وغيرُهما، ويقربُ منه ما ذكره القاضي

---

(١) في المطبوع: « وادَّعىٰ ».
(٢) في المطبوع: « أبو سعيد » خطأ. أبو سَعْدٍ: هو الهَرَويُّ.
(٣) هو محمد بن عبد الوهَّاب الثقفي النيسابوري. سلفت ترجمته.
(٤) في المطبوع: و(ظ): « والمسيل » بدل: « ومسيل الماء »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ١٥٨).
(٥) الذُّرْعان: جمع ذراع.
(٦) في (ظ): « هٰذا ».
(٧) في (ظ)، والمطبوع: « الروياني »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ١٥٨).

أبو سَعْدٍ: أنه يقول في دعوى الدَّين: لي في ذمته كذا، وهو ممتنع منَ الأداءِ الواجبِ عليه.

قال: وإنما يتعرَّضُ لوجوبِ الأداء؛ لأن الدَّين المؤجَّل لا يجب أداؤُه في الحال، وكان هٰذا إذا قصد بالدعوىٰ تحصيلَ المُدَّعَىٰ، ويجوزُ أَنْ يكونَ المقصودُ بالدعوىٰ دفعَ المنازعة، ولا يشترطُ التعرُّضُ لوجوب التسليم.

قال ابْنُ الصبَّاغ: لو قال هٰذه الدار لي وهو يمنعنيها، صحَّتِ الدعوىٰ، ولا يشترط أن يقولَ: هي في يده؛ لأنه يجوزُ أَنْ ينازعَه، وإِنْ لم تكن في يده.

وإذا ادَّعىٰ ولم يقل للقاضي: مُرْهُ بالخروج عن حَقِّي، أو سَلْهُ جوابَ دعواي، فهل يطالبُهُ القاضي ؟ وجهانِ.

قال ابْنُ الصبَّاغ: الأصحُّ: نَعَمْ؛ للعلم بأنه الغرض من الحضور، وإنشاء الدعوىٰ.

قال القاضي أبو سَعْدٍ: الأصحُّ: لا؛ لأنه حقُّهُ، فلا يستوفىٰ إلَّا باقتراحه، كاليمينِ.

قلتُ: الأولُ أقوىٰ. **واللهُ أعلمُ**.

فعلىٰ[1] الثاني: طلبُ الجوابِ شرطٌ آخَرُ في صحَّة الدعوىٰ، وسواء شرطنا هٰذا الاقتراحَ، أم لم نشرطْهُ، فاقترحَهُ، فيمكن أَنْ يقال: يُغني ذٰلك عن قوله: ويلزمه التسليم إليَّ، وأَنَّ مَنْ شرطه بناه علىٰ أنه لا يشترطُ الاقتراح المذكور.

فَرْعٌ: لا يشترطُ لصحَّة الدعوىٰ أَنْ يُعْرَفَ بينهما مُخالطةٌ، أو معاملةٌ، ولا فرقَ فيه بين طبقاتِ الناس، فتصحُّ دعوىٰ دنيءٍ علىٰ شريفٍ، وقال الإِصْطَخْرِيُّ: إِنْ شهدَتْ قرائنُ الحال بكذب المدَّعي، لم يلتفت إلىٰ دعواه، مثل أَنْ يدعيَ الدنيءُ استئجارَ الأمير، أو الفقيهِ؛ لِعَلَف الدوابِّ، أو كَنْسِ بيتِهِ، ومثله دعوىٰ المعروف بالتعنُّت، وجَرِّ ذوي الأقدارِ إلىٰ القضاة، وتحليفهم؛ ليفتدوا منه بشيء.

فَرْعٌ: ادَّعىٰ عليه مالاً [١٢٨٥ / أ]، مَعْلوماً[2]، وأقام شاهدَين، شهدا علىٰ

---

(١) في (ظ)، والمطبوع زيادة: « هٰذا ».

(٢) في المطبوع: « وقام » بدل: « معلوماً ».

إقراره بشيء، أو قالا: نعلم أَنَّ له عليه مالاً، ولا نعلمُ قَدْرَهُ، ففي سماع شهادتهما هٰكذا وجهان، حكاهما البغويُّ وغيره.

أحدهما: نَعَمْ، ويرجعُ في التفسيرِ إلىٰ المشهود عليه، كما لو أقرَّ بِمُبهم.

وأصحُّهما: لا، ويجريان فيما لو شهدا بغصب عَبْدٍ، أو ثوب، ولم يَصِفَاهُ.

فَرْعٌ: عن « فَتَاوىٰ القَفَّالِ »: ادَّعىٰ دراهمَ مجهولةً، لا يسمعُ القاضي دعواه، ويقول له: بَـيِّنِ الأَقلَّ الذي تتحقَّقه.

وإنِ ادَّعَىٰ ثوباً ولم يَصِفْهُ أصلاً[١] لم يُصْغ إليه؛ بل لو قال: هو كِرْباس[٢]، ولم يَصِفْ، أَمَرَهُ أَنْ يأخذَ بالأقلِّ، وهٰذا فيه إرشادٌ وتلقين. ثم الأخذُ بالأقلِّ في قَدْرِ الدراهم مستقيم، لٰكن الأخذ بالأقلِّ من صفةِ ثوبٍ عينه، لا وَجْهَ له.

المسألةُ الثالثةُ: إذا قامَت بيِّنةٌ علىٰ المدَّعىٰ عليه، فطلب من القاضي تحليفَ المدَّعي علىٰ استحقاقِ ما ادعاه، لم يُجِبْهُ؛ لأنه تكليفُ حجَّة بعد قيامِ حُجَّةٍ، ولأنه كطعنٍ في الشهود.

وإن ادَّعىٰ إبراءً، أو قضاءً في الدَّين، أو بيعاً، أو هبةً، وإقباضاً في العين، نُظِرَ:

إنِ ادّعَىٰ حدوثَ شيء من ذٰلك بعد قِيام البينةِ، حلف المُدَّعي علىٰ نفي ما يقولُهُ إِنْ مضىٰ زمانُ إمكانه، وإلاَّ، فلا يلتفتُ إلىٰ قوله.

وإن ادَّعىٰ أنه جرىٰ قبل شهادةِ الشهودِ، فإن لم يحكم القاضي بَعْدُ، حلفَ المدَّعي علىٰ نفيه، وإنْ حكَمَ، لم يحلفْهُ علىٰ الأَصح.

ولو قال المدَّعىٰ عليه: الشهودُ فَسَقَةٌ، أو كَذَبَةٌ، والمدَّعي يعلم ذٰلك، فهل له تحليفُه علىٰ أنه لا يعلم؟ وجهانِ، وطُرِدا في كُلِّ صورةٍ ادّعىٰ ما لو أقرَّ به الخصمُ لنفعَهُ ولٰكن لم يكن المدَّعىٰ عين حقّ له؛ بأنْ قال المدَّعىٰ عليه: إنكَ أقررتَ لي بكذا، أو قال وقد توجهت عليه الدعوىٰ: إن المدَّعي حلَّفني مرةً، وأراد تحليفه، أو

---

(١) في أصل (ظ)، والمطبوع: « أيضاً »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ١٦٠).

(٢) **الكِرْباسُ**: الثوب الخشن، وهو فارسيٌّ معرَّب، بكسر الكاف، والجمع كرابيس (المصباح: ك رب).

قذفه، فطلب الحدّ، فادّعىٰ زِنَىٰ المقذوفِ، وأرادَ تحليفه، ويشبهُ أَنْ يكون الأصحُّ أن له التحليف، ويؤيده ما سبقَ من قولِ الأصحاب: إنَّ دعوىٰ الإقرار بالمجهول صحيحةٌ، وإن جوابَ الأكثرينَ في مسألةِ القذفِ التحليفُ.

وإن كان المقذوفُ ميتاً، وأراد القاذف تحليفَ الوارثِ أَنه لا يعلم زنىٰ مورِّثه، حلفَ، وهٰذه الصورةُ محكيَّةٌ عن النصِّ، لٰكن ذكر البغويُّ أن الأصحَّ أنه لا يحلفه إذا ادعىٰ فِسْقَ الشهود، أو كَذِبَهم، وأما تحليف القاضي والشهود، فلا يجوزُ قطعاً؛ لارتفاع مَنْصِبِهما[1].

المسألةُ الرابعةُ: قامت بينةٌ علىٰ المدَّعَىٰ عليه، وادَّعىٰ أَنَّ المُدَّعي باعه العينَ المدَّعاة، أو باعها لبائعه، أو ادَّعىٰ أنه أبرأه من الدَّين المُدَّعىٰ، فأنكرَ، فلا يخفىٰ أَنَّ القولَ قولُ المدَّعي، و أنَّ المدَّعىٰ عليه مُدَّعٍ فيما ذكره يحتاج إلىٰ بَـيِّنة، فإنِ استمهل ليأتي بها، أُمهلَ ثلاثةَ أيام علىٰ الصحيح، وقيل: يومٌ فقط.

ولو ادَّعىٰ الإبراءَ ولم يأتِ ببينة، وقال: حلِّفوه أنه لم يبرئني، حلَّفناه، ولا يكلفُ توفية الدَّين أولاً.

وعن القاضي وجه: أنه يستوفىٰ منه الدَّين أولاً، ثم إنْ شاء حلَّفه؛ لأنها دعوىٰ جديدة، والصحيحُ: الأولُ، وليس كما لو قال لوكيلِ المدَّعي: أبرأَني [١٢٨٥ / ب] موكِّلُكَ، حيثُ يستوفىٰ الحقُّ منه، ولا يؤخّر إلىٰ حضور الموكِّلِ وحلفه؛ لعظَم الضررِ في التأخيرِ، وهنا الحَلِفُ متيسّرٌ في الحال.

ولو قال: إنه أبرأني من هٰذه الدعوىٰ، فهل يحلف المدَّعي أنه لم يبرِئْهُ ؟ وجهان.

اختار القَفَّالُ، والغزاليُّ المنعَ.

وادَّعىٰ الرُّوْياني أن المذهب التحليفُ؛ لأنه لو أقر أنه لا دعوىٰ له عليه، برئَ.

فَرْعٌ: مُدَّعي الدفع إنْ قال: قَضَيْت، أو أبرأني فذاك، وإنْ أطلقَ، وقال: لي بَـيِّنة دافعة، استفسرَ[2]؛ لأنه قد يتوهّم ما ليس بدافعٍ دافعاً إلاَّ أَنْ يعرفَ معرفته، وإنْ

---

(١) في المطبوع: « منصبَيْهما ».
(٢) في المطبوع: « واستفسر ».

عيَّنَ جهةً، ولم يأتِ ببيِّنةٍ عليها، وادَّعىٰ عند انقضاءِ مدةِ المهلةِ[1] جهةً أخرىٰ، واستمهل، فينبغي أَنْ لا يجابَ، وإنِ ادَّعَىٰ في المدةِ جهةً أخرىٰ، وجبَ أَنْ تُسمعَ.

الخامسةُ: الدعوىٰ أنواعٌ، منها: دعوىٰ الدمِ، ويشترطُ تفصيلُها كما سبق في «القَسامة»، وأَمَّا دعوىٰ النكاحِ، والبيعِ، وسائرِ العقود، فقال الشافعيُّ، رَحِمَهُ اللَّهُ: لو ادَّعىٰ أنه نكح امرأةً، لم يقبَلْ منه حتَّىٰ يقولَ: نكحْتُها بوليٍّ، وشاهدَي عَدْلٍ، فمِنَ الأصحابِ مَنِ اكتفىٰ في دعوىٰ النكاح بالإطلاقِ، ولم يشترط التعرُّض لهٰذا التفصيل، كما يكتفىٰ في دعوىٰ استحقاق المالِ بالإطلاق، وحملوا النص علىٰ الاستحباب والتأكيد.

وقال أبو عليٍّ الطبريُّ: إن ادَّعىٰ ابتداءَ النكاح، وجب التفصيلُ، وإن ادَّعىٰ دوامَه، فلا؛ لأن الشروطَ لا تعتبرُ في الدوام، وأخذ عامةُ الأصحابِ بظاهر النص، وأوجبوا التفصيلَ والتعرُّضَ للشروط ابتداءً ودواماً؛ لأن الفُروجَ يُحتاط لها، كالدماءِ، والوطءُ المستوفىٰ لا يتداركُ، كالدم. وأما الجوابُ عن المال، فإنْ كان المُدَّعىٰ نفس المال، فإنما اكتفيَ بالإطلاق؛ لأن أسبابَهُ لا تنحصرُ، فيشقّ ضبطها، وإنْ كان عقداً علىٰ مال، كبيعٍ، وإجارةٍ، وهِبة، فثلاثةُ أوجُه.

أحدُها، قاله ابْنُ سُرَيْج: يشترطُ التفصيلُ، وذكر الشروط كالنكاح.

والثاني: إنْ تعلق العقد بجاريةٍ، اشترط احتياطاً للبُضْع، وإلاَّ، فلا.

والثالث، وهو أصحُّها، ونقله ابْنُ كَجٍّ عن النص: لا يشترطُ مُطلقاً؛ لأن المقصودَ المالُ وهو أخفُّ شأناً، ولهٰذا لا يشترطُ فيها الإشهادُ بخلاف النكاح.

وأمَّا التعرُّض في دعوىٰ النكاح، لعدم مانع النكاح، كالردَّة، والعِدَّة، والرّضاع، فلا يشترطُ علىٰ الصحيح؛ لأن الأصلَ عدمُها، ولكثرتها، فإنْ شرطنا التفصيلَ في النكاح، فيقول: نكحتُها بوليٍّ وشاهدَين. ويشترطُ وصفُ الوليِّ والشاهدَين بالعدالة علىٰ الصحيح، وقياسُهُ وجوبُ التعرُّض لسائرِ الصفاتِ المعتبرةِ في الأولياءِ، ولا يشترطُ تعيينُ الشاهدَين والولي، والغرضُ أَنْ يعرفَ أَنَّ النكاحَ لم يَخْلُ عن وليٍّ وشاهدَين، ويشترط التعرُّضُ لرضا المرأةِ إنْ كان رِضاها شرطاً؛ فإنْ

---

(١) في المطبوع وهامش (ظ) زيادة: «بلا».

كانت أمَةً، اشترطَ التعرُّضُ للعَجْز عن الطَّوْلِ، ولخوفِ العَنَتِ علىٰ الأصحِّ.

وإنْ شَرَطنا التفصيلَ في دعوىٰ البيع، قالوا: يقول: تعاقَدْنا بثمن معلوم، ونحن جائزا التصرُّف، وتفرَّقنا عن تراضٍ [١٢٨٦ / أ].

ويشترطُ في الشهادة علىٰ النكاح التفصيلُ إنْ قلنا باشتراطِهِ في دعوىٰ النكاح.

وفي « فَتَاوىٰ القَفَّال » أنه يشترطُ أن يقولوا بعد تفصيل النكاح: ولا نعلم أنه فارقَها، أو وهي اليومَ زوجتُهُ.

والإقرارُ بالنكاح يكفي فيه الإطلاقُ علىٰ المذهب؛ لأنها لا تقرّ إلَّا عن تحقُّق، وقيل: في اشتراطِ التفصيل فيه الخلاف في الدعوىٰ والشهادة، وهو ضعيفٌ.

ولو شهدوا علىٰ إقرَارها، لم يشترطْ أَنْ يقولوا: ولا نعلمُ أنه فارقَهَا، ولتكن الشهادةُ علىٰ البيعِ والإقرار إذا أوجبنا التفصيلَ في البيع علىٰ قياس ما ذكَرْنا في النكاح، ونَقلوا في اشتراط تقييدِ النكاحِ والبيعِ المدَّعيين بالصحة وجهين، وبالاشتراط أجاب الغزاليُّ في « الوجيز »، وقال في « الوسيط »: الوجهُ القطعُ باشتراطه في النكاح، وأشار إلىٰ أَنَّ الوجهَين مفرَّعان علىٰ أنه لا يشترطُ تفصيلُ الشرائط، وإيراد الهَرَوِيِّ[1] يقتضي اطرادهما مع اشتراط التفصيلِ ليتضمن ذكر الصحّة نفي المانع.

واعلم: أَنَّ دعوىٰ النكاح تارةً تكونُ علىٰ المرأة، وتارةً علىٰ وليِّها المجبر، كما سبق في مسألة تزويجِ الوليينِ المرأةَ بشخص، وسبقَ هناك أَنَّ الأئمةَ قالوا: لو ادَّعىٰ كُلُّ واحد من الزوجَين سبقَ نكاحه، وعلم المرأة به، بُني علىٰ أَنَّ إقرارها به، هل يقبلُ؟ إنْ قلنا: لا، فلا تسمعُ دعواهما عليها، وإنْ قلنا: نَعَمْ، وهو الأظهرُ، سُمعت، وهـٰذا يقتضي كونَ سماع دعوىٰ النكاح عليها أبداً فيه هـٰذا الخلاف، فكأنهم لم يذكروه هنا؛ اقتصاراً علىٰ الأظهرِ.

المسألةُ السادسةُ: دعوىٰ المرأةِ النكَاحَ إنِ اقترنَ بها حَقٌّ مِنْ حقوق النكاح، كصَدَاقٍ، ونفقةٍ، وقَسْمٍ، وميراثٍ بعد موته، سُمعت، وإنْ تمحَّضت دعوىٰ الزوجية، سُمعت أيضاً علىٰ الأصحِّ، فإنْ سُمعت، نُظِرَ:

---

(١) هو القاضي أبو سَعْدٍ الهروي.

إنْ سكتَ المدَّعىٰ عليه، وأصرَّ علىٰ السكوت، أقامتِ البينةَ عليه، وإنِ أنكرَ، فهل يكون إنكارُهُ طلاقاً ؟ وجهانِ.

أصحُّهما: لا ، فإنْ قلنا : هو طلاقٌ، سقطَ ما ادَّعته، ولها أَنْ تنكِحَ زوجاً غيرَه، ولو رجعَ عن الإنكارِ، وقال: غلطت في الإنكارِ، لم يُقبَلْ رجوعُه، وإن قلنا : ليس إنكارُه طلاقاً، فإنكارُه كسكوته، فيقيم البَـيِّنة عليه، وإن رجعَ، قبلنا رجوعَه، وسلَّمْنا الزوجةَ إليه، وإن لم تكن بَـيِّنة، وحلفَ الرجل، فلا شيءَ عليه، وله أَنْ ينكح أُختَها، وأربعاً سِواها، وليس لها أن تنكحَ زوجاً غيرَه إذا لم نجعلِ الإنكارَ طلاقاً. وإنِ اندفعَ النكاحُ ظاهراً حتَّىٰ يطلِّقها أو يموت. قالَ البَغَوِيُّ[(١)] : أو يفسخ بإعسارِه، أو امتناعه إذا جعلنا الامتناع مع القدرة ممكناً مِنَ الفسخ، وليكن هٰذا مفرَّعاً علىٰ أَنَّ لها أَنْ تفسخَ بنفسها، أَمَّا إذا أَحْوَجْناها إلىٰ الرفع إلىٰ القاضي، فما [لم] يظهَرْ له النكاحُ كيف يفسخُ أو يأذن في الفسخ ؟ وينبغي أَنْ يرفقَ الحاكم به حتَّىٰ يقول: إنْ كنت نكحتها، فهي طالق؛ ليحلَّ لها النكاح، وإِنْ نَكَلَ الرجلُ، حلفَتْ هي، واستحقَّتِ المهرَ والنفقةَ.

فَرْعٌ: امرأةٌ تحتَ رجل ادَّعىٰ آخَرُ أنها زوجتُهُ، فالصحيحُ أَنَّ هٰذه الدعوىٰ عليها لا علىٰ الرجل؛ لأن الحُرَّةَ لا تدخلُ تحت اليد، [١٢٨٦ / ب] فلو أقام كُلُّ واحدٍ منهما بينةً، لم يقدّم بَـيِّنة مَنْ هي تحتَه؛ بل هما[(٢)] كاثنين أقامَ كُلُّ واحدٍ منهما بَـيِّنةً علىٰ نكاحِ خَلِيَّةٍ، فينظرُ:

إنْ كانتا مؤرّختين بتاريخ واحد، أو مطلّقتين، فقد تعارضتا، ولا يجيء قولا القِسْمة والقُرعة، وإنْ كانتا مؤرَّختين بتاريخين مختلفين، قدّمت البينة التي سبقَ تاريخها بخلاف ما لو كان هٰذا التعارضُ في مال؛ فإنَّ في الترجيح بالسبق قولين؛ لأنَّ الانتقالَ في الأموال غالب دون النكاح.

ولو قامت بَـيِّنةُ أحدهما علىٰ النكاح، وبَـيِّنةُ الآخَر علىٰ إقرارها بالنكاح، فَبَـيِّنة النكاحِ أَوْلىٰ، كما لو شهدَت بَينةُ واحدٍ بأنه غصَبَ منه كذا، وبينة الآخَر بأنه أقرَّ له به.

---

(١) انظر: (التهذيب: ٨ / ٣٣٠).

(٢) في المطبوع: « هي ».

ولو أقرَّتْ لأحدهما؛ فعلىٰ ما ذكَرْنا، إذا زوَّجها وليَّانِ لشخصين، وادَّعىٰ كُلُّ واحدٍ سبقَ نكاحه.

فَرْعٌ: ادَّعَتْ ذاتُ ولدٍ أنها منكوحتُهُ، وأَنَّ الولدَ منه، وسمعنا دعوىٰ النكاحِ منها، فإنْ أنكرَ النكاحَ والنسبَ، فالقولُ قولُه بيمينه، وإن قال: هٰذا ولدي مِنْ غيرها، أو هٰذا ولدي، لم يكن مُقِرّاً بالنكاح.

وإن قال: هو ولدي منها، وجبَ المهرُ، وإنْ أقَرَّ بالنكاح، فعليه النفقةُ والمهرُ، والكُسْوَةُ، فإن قال: كانَ نكاح تفويض، فلها المطالبةُ بالفرض إنْ لم يَجْرِ دخولٌ، وإن جرىٰ، فقد وجبَ المهرُ بالدخول، فلا معنىٰ لإنكارِهِ.

المسألةُ السَّابعةُ: ادَّعَىٰ رِقَّ بالِغٍ، فقال البالِغُ: أنا حُرُّ الأَصْلِ، فالقولُ قولُه، وعلىٰ المدَّعي البينةُ، وسواء كان المدَّعي استخدمَه قبل الإنكار، وتسلَّط عليه، أم لا، وسواءٌ جرىٰ عليه البيعُ مراراً، وتداولَتْهُ[1] الأيدي، أم لا، فإنْ كان اشتراه مِنْ غيره، وحلفَ علىٰ نفي الرقِّ، فهل يرجعُ المشتري علىٰ بائعه بالثمَنِ؟ فيه كلام سنذكره، إنْ شاء ٱللهُ تعالىٰ في المسألةِ الرابعة من الباب الثاني. فإنْ قال البالِغُ لمن هو في يده: إنكَ أعتقتَني، أو أَعْتَقَني مَنْ باعني لك، طولِبَ بالبيِّنة.

ولو ادَّعَىٰ رِقَّ صغيرٍ، فإن لم يكن في يده، لم يصدَّقْ إلَّا ببيِّنة، وإنْ كان في يده، نُظِرَ:

إنِ استندت إلىٰ التقاطٍ[2]، فكذٰلك علىٰ الأظهر، وفي قول: تقبلُ، ويحكم له بالرقِّ، وإنْ لم يعرفِ استنادها إلىٰ الالتقاط، صدّق، وحكمَ له، كما لو ادَّعىٰ المِلْكَ في دابةٍ، أو ثوبٍ في يده، فلو كان مميِّزاً، فأنكرَ، فالأصحُّ أنه يحكم له برقِّهِ، ولا أثر لإنكارِهِ.

والثاني: أنه كالبالِغ، وإذا حكمنا له برقِّهِ في الصِّغَر[3]، فبلغَ، وأنكرَ الرقّ، فالأصحُّ استمرارُ الرقِّ حتَّىٰ تقومَ بينةٌ بخلافه.

---

(١) في المطبوع: « وتداوله ».
(٢) في المطبوع: « النقاط »، تصحيف.
(٣) في المطبوع: « الصغير ».



والثاني: يصدّق مُنكر الرقِّ إلاَّ أَنْ تقومَ به بَـيِّنةٌ، ولا فرقَ في جَرَيان الوجهَين بين أَنْ يدَّعي في الصغير[1] مِلكَه، ويستخدمَه، ثم يبلغَ، وينكرَ، وبين أَنْ يتجرَّدَ الاستخدام إلىٰ البلوغ، ثم يدَّعي مِلكَه، وينكرَ المستخدم، واليد علىٰ البالغ المسترقّ، وإنْ لم يُغْن عن البينةِ عند إنكاره، فهي غيرُ ساقطةٍ بالكلِّية؛ بل يجوز اعتمادُها في الشراء إنْ سكت المسترقُّ؛ اكتفاءً بأنَّ الظاهرَ أَنَّ الحُرَّ لا يسترقُّ.

وقال الشيخ أبو محمد: لا يجوزُ شراؤه مع سكوته، كما لا يجوزُ مع إنكاره الرقّ؛ بل يسألُ، فإنْ أَقَرَّ، اشْتُري.

الثامنة: في سَمَاعِ الدعوىٰ [١٢٨٧ / أ] بدَيْنِ مؤجَّلٍ أوجُهٌ:

أصحُّها: لا؛ إذ لا يتعلَّق بها إلزامٌ ومطالبة في الحال.

والثاني: نَعَمْ.

والثالث: تسمعُ إنْ كان له بَـيِّنةٌ[2]، لِيُسَجِّلَ[3] فيأمن غَيبتها وموتها، وإلاَّ، فلا.

وفي[4] دعوىٰ الأَمَةِ الاستيلاد، والرقيقِ التَّدْبير، وتعليق العِتْق بالصفةِ، طريقان.

أحدُهما: تقبلُ؛ لأنها حقوقٌ ناجِزَة.

والثاني: علىٰ الخلافِ في الدَّين المؤجَّل، والاستيلادُ[5] أَوْلاهُما بالقَبول، وهٰذا المذكورُ في التَّدْبير إذا لم نجوِّز الرجوعَ عنه بالقَول[6]، فإنْ جَوَّزناه، فإنكارُهُ رُجوعٌ يبطلُ مقصودَ المدَّعي.

قلتُ: المذهبُ: سَمَاعُ دعوىٰ الاستيلادِ والتدبيرِ، وتعليقِ العِتْقِ. **والله أعلمُ**.

---

(١) في (ظ، أ): «الصغر».
(٢) في المطبوع: «نية»، غلط.
(٣) في المطبوع: «ليستحل».
(٤) في المطبوع: «أو في»، غلط.
(٥) في المطبوع: «الاستيلادُ»، وفي (ظ): «فالاستيلاد».
(٦) في المطبوع: «بالقبول».

فَرْعٌ: ادُّعِي عليه دَين مؤجَّل قبل المحلِّ، فله أَنْ يقولَ في الجواب: لا يلزمني دفعُ شيء إليكَ الآن، ويحلفُ عليه، وهل له أَنْ يقولَ: لا شيءَ عليَّ مُطلقاً، قال القَفَّالُ: فيه وجهان؛ بناءً علىٰ أَنَّ الدَّين المؤجَّل هل يوصف قبل الحُلول بالوجُوب؟ وفيه وجهان.

التاسِعةُ: سلَّمَ ثوباً، أو غَيره إلىٰ دَلَّال ليبيعَه، فجحَدَهُ، وشكَّ في بقاءِ الثوبِ، فلا يدري: أيطالبُ بالعَين، أم بالقِيمة؟ فقد سبق في أواخر « باب القضاء علىٰ الغائب » وجهان.

أصحُّهما: له أَنْ يدَّعيَ علىٰ الشكِّ، فيقول: لي عنده كذا، فإِنْ بقي، فعليه ردُّهُ، وإلاَّ فقيمتُهُ، أو مِثْلُهُ.

والثاني: يشترطُ في الدعوىٰ الجَزْمُ، فيفرد لكلِّ واحد من المطالبة دعوىٰ برأسها، فإن قلنا بالأولِ، فأنكرَ المدَّعىٰ عليه، ولا بيِّنةَ، حلف علىٰ نفي الجميع، وإِنْ نَكَلَ، ورُدَّتِ اليمينُ علىٰ المدَّعي، فهل يحلف علىٰ التردُّد، كما لو ادَّعىٰ علىٰ التردُّد، أم يشترطُ التعيين؟ وجهانِ.

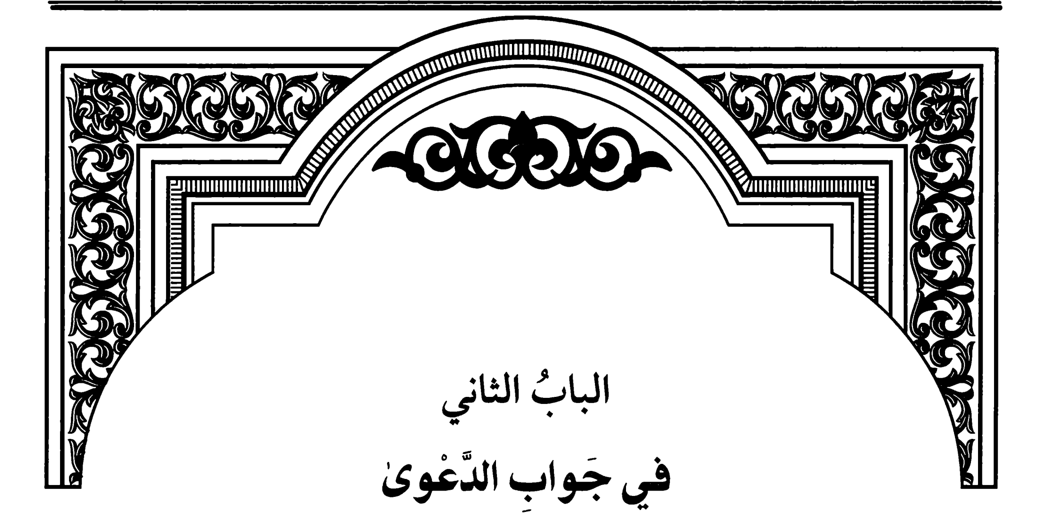
وإن قلنا: يفردُ لكلِّ مطلب دعوىٰ، فادَّعىٰ ما رآه أقرب، ونَكَلَ الخصمُ، فنُكُولُه يؤكّد ظنَّ المدّعي بكذبه، فهل له أَنْ يحلفَ اليمين المردودة بذٰلك؟ وجهانِ.

أصحُّهما: نَعَمْ؛ استدلالاً بنُكُوله علىٰ كَذِبِهِ، كما يستدلُّ بخط أبيه، وأجري الوجهان فيما إذا أنكرَ المودع التلف، وتأكَّد ظنّه بنُكُول [المودع] هل يحلفُ اليمينَ المردودة؟

وفي « فَتَاوىٰ القَفَّالِ »: أنه لو[١] ادَّعىٰ عليه ثوباً، فقال: كان في يدي، وهَلَكَ، فأغرمُ لك القيمةَ، فقال المدَّعي للحاكم: قد أَقَرَّ بالثوبِ، فحلِّفه؛ أنه لا يلزمُهُ تسليمه إلي[٢]، حَلفهُ، فإنْ حلفَ، قنِعَ منه بالقيمةِ، وإنْ نَكَلَ وحلفَ المدَّعي علىٰ بقاء الثوب، طُولِبَ بالعَين.

✍ ✍ ✍

(١) كلمة: « لو » ساقطة من المطبوع.
(٢) في (س، أ): « إلىٰ ».



البابُ الثاني
في جَوابِ الدَّعْوىٰ

جوابُ المُدَّعىٰ عليه إقرارٌ، أو إنكارٌ، فإنْ سَكَتَ، وأصَرَّ علىٰ السكوتِ، جُعلَ كالمنكرِ الناكِل، فتردّ اليمين علىٰ المدَّعي، فهو كالإنكارِ. والكلامُ في الإِقرارِ وصيغته علىٰ ما سبق في « كتاب الإقرار »، وقولُ المدَّعىٰ عليه: لي عن دعواكَ مخرج، ليس بإقرارٍ؛ لاحتمال الخُروج بالإنكار، وكذا قوله: لفلان عليَّ أكثر ممَّا لك، ليس بإقرار للمخاطب بما ادَّعاه[1]؛ لاحتمال إرادة الاستهزاءِ.

قال القاضي أبو سَعْدٍ: وكذا لو قال: لكَ عليَّ أكثر مما ادَّعيت، لم يكن إقراراً؛ لاحتمال أن يريدَ: لكَ من الحقِّ عندي ما يستحقّ له أكثر مما ادعيت، وكما لا يكون قوله: لفلانٍ عليَّ أكثر مما لك إِقراراً للمخاطب، لا يكون إقراراً لفلان أيضاً؛ لاحتمال أَنْ يريدَ بالحَقِّ: الحرمة. فلو قال: لفلانٍ عليَّ مالٌ أكثر مما ادَّعيت، فهٰذا إقرارٌ لفلان، إلاَّ أنه يقبلُ تفسيره بما دونه في القَدْرِ؛ تنزيلاً علىٰ كثرةِ التركةِ، أو الرغبة، كما سبق في « الإقرار ».

ولو قال: الحقُّ أَحَقُّ أن يؤدَّىٰ، فليس بإقرارٍ؛ لأن المعنىٰ حيثُ يكون حقّاً، فأمَّا أنا فبريءٌ.

فَصْلٌ: في مسائِلِ الباب، هي سِتٌّ:

الأولىٰ: ادَّعىٰ عليه عَشَرَةً، فقال: لا يلزمني العشرة، فليس بجوابٍ تامٍّ؛ بل

(١) في المطبوع: « دعاه ».

التامُّ أَنْ يضيف [إليه]: ولا شيءَ منها، أو ولا بعضها، وكذا يحلفُ إِنْ حلفَ؛ لأنَّ مُدَّعي العشرة مُدَّعٍ لكل جزء منها، فاشترطَ مطابقة الإنكار واليمين دعواه، وقال القاضي حُسَين: لاَ يكلَّفُ في الإنكار أَنْ يقول: ولا شيء منها، وإنما يكلف ذٰلك في اليمين، والصحيحُ: الأولُ.

وإذا حلفه القاضي علىٰ أنه لا يلزمه العشرة، ولا شيء منها، فحلفَ علىٰ نفي العشرة، واقتصرَ عليه، لم تلزمْهُ العشرةُ بتمامها؛ لٰكنه ناكِل عما دون العشَرةِ، فللمدَّعي أَنْ يحلفَ علىٰ استحقاق ما دونها بقليل، ويأخذَه.

ولو نَـكَلَ المُدَّعىٰ عليه عن مُطلق اليمين، وأرادَ المدَّعي أَنْ يحلفَ علىٰ بعض العشرة، قال البغويُّ: إِنْ عرض القاضي عليه اليمين علىٰ العشرة وعلىٰ كُلِّ جزء منها، فله أَنْ يحلفَ علىٰ بعضها، وإِنْ عرضَ عليه اليمين علىٰ العشرة وحدَها، لم يكن له الحَلِفُ علىٰ بعضِها؛ بل يستأنفُ الدعوىٰ للبعض الذي يريدُ الحَلِفَ عليه، وحيث جوَّزْنا للمدَّعي الحَلِفَ علىٰ بعضِ المُدَّعَىٰ، فذٰلك إذا لم يُسْنِدْهُ إلىٰ عقد، فإِنْ أسندَهُ؛ بأَنْ قالتِ المرأة: نكحني بخمسين وطالبته به، ونكلَ الزوجُ، لم يمكنها الحلف علىٰ أنه نكحها ببعض الخمسين؛ لأنه يناقض ما ادَّعته أوَّلاً.

وإذا ادَّعىٰ أَنَّ الدارَ التي في يدكَ مِلْكي يلزمُكَ تسليمُها إليَّ، فإذا أنكر المُدَّعَىٰ عليه، يحلفُ أنها ليست ملكاً له، ولا شيءَ منها، ولو ادَّعىٰ أنه باعه إيَّاها، كفاه أَنْ يحلفَ أنه لم يَبِعْها.

الثانيةُ: إذا ادَّعىٰ مالاً، وأسندَه إلىٰ جهة؛ بأن قال: أقرضتُكَ كذا، وطالبَه ببدَله، أو قال: غَصَبْتَ عبدي، فتلِفَ عندك، فعليكَ كذا ضماناً، أو مزَّقْتَ ثوبي، فعليكَ كذا أَرْشاً، أو اشتريتُ منك كذا، وأقبضتُكَ ثمنَه، أو اشتريتَ مني كذا، فعليكَ ثمنُهُ، وطالبه بالمُدَّعىٰ، فليس علىٰ المدَّعَىٰ عليه أَنْ يتعرَّض في الجواب لتلك الجهة؛ بل يكفيه أن يقول: لا يستحقُّ عَلَيَّ شيئاً، ولا يلزمُني تسليمُ شيء إليكَ، وكذا يكفيه في جوابِ طالبِ الشُّفْعَة: لا شُفْعَةَ لك عندي، أو لا يلزمُني تسليمُ هـٰذا الشِّقْصِ إليك؛ لأن المدَّعي قد يكون صادقاً في الإقراض والغَصْبِ وغيرِهما، ويعرض ما يسقط الحقّ من أداءٍ، أو إِبراء، أو هبة، فلو نفىٰ الإقراضَ ونحوَه كان كاذباً، وإن اعترفَ به، وادَّعىٰ المسقط، طُولب بالبَـيِّنة، وقد يَعْجِزُ عنها، فدعت الحاجة إلىٰ قَبول الجواب المطلق.

ولو قالت المرأة: طَلَّقْتَني، فقال: أنتِ زوجتي، كفاه، وإذا اقتصرَ المدَّعىٰ عليه علىٰ الجواب المطلق، وأفضىٰ الأمرُ إلىٰ الحَلِفِ، حَلَفَ علىٰ ما أجاب، ولم يكلّفِ [١٢٨٨ / أ] التعرّض لنفي الجهة المُدَّعاة.

ولو حلفَ علىٰ نفي الجهةِ المدَّعاة بعد الجواب المطلقِ، جاز، ذكره البغويُّ.

ولو تعرَّضَ في الجواب للجهة، فقال: ما بايعتُكَ، أو ما أقرضْتَني، أو ما مزَّقْتُ، فالجواب صحيحٌ.

[ثم][1] إنْ حلفَ علىٰ وَفْقِ الجواب، فذاكَ، وإنْ أرادَ أَنْ يقتصرَ في الحلفِ علىٰ أنه لا يلزمُهُ شيء، فهل يمكنُ، كما لو أجاب كذٰلك، أم لا؛ ليطَابقَ اليمين الإنكار؟ وجهان.

أصحُّهما: الثاني، وهو المنصوصُ.

ولو كان في يده مرهونٌ، أو مستأجر، وادَّعاه مالكه، كفاه أَنْ يقول: لا يلزمُني تسليمُهُ، ولا يجب التعرُّضُ للمِلْكِ؛ فإن أقام المدَّعي بيّنةً بالمِلْك، نقل في « الوسيط » عن القاضي: أنه يجبُ عليه تسليمُهُ، واعترضَ عليه بأنه قد يصدقُ الشهود، ولا يجبُ التسليمُ لإجارةٍ، أو رَهْن. ولو اعترفَ بالملكِ، وادَّعىٰ رَهْناً، أو إجارةً، وكذَّبه المدَّعي، فمنِ المصدَّقُ منهما؟ وجهان سبقا في باب اختلاف المتراهنين، فإنْ صدَّقه صاحبُ اليد، فذاك، وإنْ صدّق المالك، وهو الصحيح، احتاجَ مدَّعي الرهن، أو الإجارةِ إلىٰ البَيِّنة، فإن لم توافقْه بَيِّنة، وخافَ جحودَ الراهن لو اعترف له بالمِلك، فما حيلتُهُ؟ وجهانِ.

قال القَفَّالُ: حِيلَـتُهُ تفصيلُ الجواب، فيقول: إن ادَّعيتَ مِلْكاً مطلقاً فلا يلزمُني التسليمُ، وإنِ ادعيتَ مرهوناً عندي، فاذكره؛ لأُجيبَ.

وقال القاضي حُسَين: لا يقبلُ الجواب المردّد؛ بل حِيلتُهُ أَنْ يجحدَ ملكَهُ إنْ جحدَ صاحبهُ الدَّينَ والرَّهنَ. وعلىٰ عكسه: لو ادَّعىٰ المرتهن، وخاف الراهن جحودَ الرهن لو اعترف بالدَّين، فعلىٰ الوجهِ الأولِ، يفصّلُ، فيقول: إن ادعيتَ ألفاً لي

---

(١) ما بين حاصرتين من (أ).

عندكَ به كذا رهناً، فحتَّىٰ أجيبَ، وإنِ ادعيت ألفاً، فلا يلزمُني.

وعلىٰ الثاني: صارتِ العينُ مضمونةً عليه بالجحود، فلمَنْ عليه الدَّين أَنْ يجحدَه، ويجعل هـٰذا بذاك، ويشترطُ التساوي، والوجهُ الأولُ: أصحُّ، وبه قطع الفُوْرانِيُّ، وذكر أَنَّ المدَّعَىٰ عليه يفصل الجواب [أبداً]، ولا يكون ذٰلك إقراراً بشيء، مثل أَنْ يدَّعيَ عليه ألفاً، فيقول: إنِ ادعيتَ عن ثمنِ كذا فحتَّىٰ أُجيبَ، وإنِ ادعيتَ عن جهةٍ أخرىٰ، فلا يلزمُني.

فَرْعٌ: ادعت علىٰ رجلٍ ألفاً صَدَاقاً، يكفيه أَنْ يقولَ: لا يلزمُني تسليمُ شيء إليها. قيل للقَفَّالِ: هل للقاضي أَنْ يقول: هل هي زوجتُكَ؟ فقال: ما للقاضي ولهـٰذا السؤال؟ لـٰكن لو سألَ، فقال: نَعَمْ، قَضىٰ عليه بمهر المثل، إلَّا أَنْ يقيمَ البينةَ أنه نكحها بكذا، فلا يلزمُهُ أكثر منه.

الثالثةُ: إذا ادَّعىٰ عقاراً، أو منقولاً علىٰ إنسانٍ، وقال المُدَّعىٰ عليه: ليس هو لي، نُظِرَ:

أيقتصرُ عليه، أم يضيفُه إلىٰ مجهولٍ، أم إلىٰ معلوم؟ فإنِ اقتصرَ عليه، أو أضافه إلىٰ مجهول؛ بأن قال: هو لرجل لا أعرفه، أو لا أسمِّيه، فثلاثة أوجُهٍ.

أحدها[1]: يسلّم المال إلىٰ المدَّعي؛ إذ لا مُزَاحِمَ له.

والثاني: تنصرفُ الخصومة عنه، وينتزعُ الحاكم المال من يده، فإنْ أقام المدَّعي بينةً علىٰ الاستحقاق، أخذه، وإلَّا حفظه إلىٰ أَنْ يظهرَ مالكه.

وأصحُّها[2]: لا ينصرفُ، ولا ينتزع المال مِنْ يده، فعلىٰ هـٰذا: إنْ أَقَرَّ بعد ذٰلك [١٢٨٨ / ب] لمعيَّن، قُبِلَ، وانصرفتِ الخصومةُ إلىٰ ذٰلك المعيَّنِ، وإلَّا فيقيم المُدَّعي البينةَ عليه، أو يحلفه، وهل يمكنُ من أن يعودَ، فيدَّعيه لنفسه؟ وجهان.

ولو قال في الجواب: نِصْفُهُ لي، ولا أدري لمن النصفُ الآخر، ففي النصف الآخَرِ الأوجُهُ الثلاثةُ.

---

(١) في المطبوع: « أحدهما ».

(٢) في المطبوع: « وأصحهما ».

أَمَّا إذا أضافه إلىٰ معلوم، فالمضافُ إليه ضَرْبان.

أحدهما: مَنْ تتعذَّر مخاصمتُهُ، وتحليفه بأَنْ قال: هو وَقْفٌ علىٰ الفقراء، أو علىٰ المسجدِ الفلاني، أو علىٰ ابني الطفل، أو هو مِلْك له، فالذي قطع به الغزاليُّ، والشيخ أبو الفَرَج[1]: أَنَّ الخصومةَ تنصرفُ عنه، ولا سبيلَ إلىٰ تحليف الوليِّ، ولا طفله، ولا تُغني إلَّا البيِّنة.

قال أبو الفَرَج: وإذا قضىٰ له القاضي بالبيِّنة كتبَ صورة الحال في السجلِّ؛ ليكون الطفل علىٰ حجته إذا بلغَ.

وقال البغويُّ[2]: إذا قال: هو لابني الطفل، أو وقف عليه، لم تسقط الدعوىٰ، فإنْ أقام بينةً أخذَهُ، وإلَّا حلفَ المدَّعىٰ عليه: أَنه لا يلزمُهُ تسليمه إليه إذا كان هو قَيِّم الطفل.

قلتُ[3]: اختارَ في « المحرَّر » قول البغويِّ. **والله أعلمُ**.

الضَّرْبُ الثاني: مَنْ لا تتعذَّرُ مخاصمتُهُ وتحليفُهُ، كشخص معيَّن، وهو نوعانِ: حاضِرٌ في البلد، وغائِب، فالحاضِرُ يراجع، فإِنْ صَدَّقَ المدَّعىٰ عليه، انصرفتِ الخصومةُ إليه، وإن كذَّبه، فأربعةُ أَوجُهٍ.

الثلاثةُ السابقةُ في الإقرار.

ورابعٌ[4]، حكاه ابْنُ الصبَّاغ: أنه يقال للمدَّعىٰ عليه: ادعه لنفسكَ، فتكون الخصم، أو لمن يصدقكَ، فيكون هو الخصم، فإِنِ امتنعتَ، جعلناك ناكلاً، وحلَّفنا المدَّعي.

النوعُ الثاني: الغائِبُ، فإذا أضافَ المدَّعي إلىٰ غائب، ففي انصرافِ الخصومة عنه أوجُهٌ.

---

(١) هو أبو الفَرَج السرخسيُّ الزَّازُ.

(٢) انظر: (التهذيب: ٨ / ٣٣٤).

(٣) كلمة: « قلتُ » ساقطة من (م).

(٤) في (ظ)، والمطبوع: « ورابعه ».

أصحُّها، وبه قال الأكثرون: ينصرف.

والثاني: لا.

والثالث: إن قال: هو لفلانٍ، وهو في يدي إجارةً، أو إعارةً، أو وديعةً، أو غيرها، انصرفت.

وإن اقتصرَ علىٰ قوله[1]: ليس لي، وإنما هو لفلانٍ، فلا.

فإن قلنا: لا تنصرِفُ[2]، نُظِرَ:

إنْ لم يكن للمدَّعي بَـيِّنة، فله تحليفُ المدَّعىٰ عليه علىٰ أَنه لا يلزمُهُ تسليمه إليه، فإنْ نَكَلَ، حلف المدَّعي، وأخذ المال من يده، ثم إذا عاد الغائِبُ، وصدّقَ المقرّ، ردّ المال عليه بلا حجَّة؛ لأنَّ اليدَ له بإقرارِ صاحبِ اليدِ، ثم يستأنفُ المدَّعي الخصومةَ معه. وإنْ أقام المدَّعي بينةً علىٰ الحاضِر، أخذَ المال[3] أيضاً، وهل هو قضاء علىٰ الحاضِر الذي تجري الخصومةُ معه، أم علىٰ الغائبِ؛ لأن المالَ بمقتضىٰ الإقرار له ؟ وجهانِ.

أصحُّهما: الأولُ، ولا يحتاج المدعي مع البيِّنة إلىٰ اليمين، ويثبت القاضي في السجلِّ أنه قضىٰ له بالبيِّنة بعد ما أقرَّ المدَّعىٰ عليه أنه لفلانٍ الغائب؛ ليكون الغائب علىٰ حجَّته، وإذا عاد، وأقام البينةَ، قضىٰ له؛ لترجح جانبه باليد، وإنْ لم يُقِمْها، أقرّ المال في يد المدَّعي، فإنِ التمس من القاضي أَنْ يزيدَ في السجلِّ أن الغائب قَدِمَ، ولم يأتِ ببينةٍ، أجابه إليه.

وإن قلنا: تنصرِفُ الخصومةُ عنه، فإن لم يكن للمدَّعي بيِّنة، وقفَ الأمر إلىٰ أن يحضرَ الغائب [١٢٨٩/أ] وإنْ كانت له بَـيِّنة، قضي له بالمال، وهل هو قضاءٌ علىٰ الغائب، ويحتاجُ معه إلىٰ اليمين، أم علىٰ الحاضر الذي تجري الخصومةُ معه، فلا يحتاج إليها ؟ وجهانِ.

---

(١) قوله: « هو لفلان . . . . علىٰ قوله » ساقط من المطبوع.

(٢) في المطبوع: « لا ينصرف ».

(٣) في المطبوع زيادة: « من يده ».

رجَّحَ العراقيون، والرُّويانِيُّ الثاني، ولـٰكن الأول أقوىٰ، وأليق بالوجْهِ المفرَّع عليه، واختاره الإمامُ، والغزاليُّ، هـٰذا كلُّه إذا لم يُقِمِ المدَّعىٰ عليه بينةً أَنَّ المالَ للغائب، فإِنْ أقامها، نُظِرَ:

إنِ ادَّعىٰ أنه وكيل من جهة الغائب، وأثبت الوكالة فبيِّنته علىٰ أن المال للغائب مسموعة مرجّحة علىٰ بَـيِّنة المدعي.

وإن لم يثبتِ الوكالة، فذكر الإمامُ، والغزاليُ فيه ثلاثةَ أوجُه:

أصحُّها: لا تسمعُ بيِّنته، وبه قال الشيخ أبو محمد؛ لأنه ليس بمالكٍ، ولا نائب، فعلىٰ هـٰذا الحكم كما لو لم يُقِمْ بينةً.

والثاني: تسمعُ.

والثالث: إنِ اقتصرت البيِّنةُ علىٰ أنه لفلان الغائب، لم تسمَعْ، وإنْ تعرَّضت مع ذَلك لكونه في يد المدَّعىٰ عليه بعاريَّةٍ، أو غيرها، سُمعت، فإن لم يسمعْها فادَّعىٰ لنفسه حقّاً لازماً، كَرَهْنٍ، وإجارةٍ، وتعرَّضت البيِّنة لذٰلك، ففي السَّماع وجهانِ. وإذا سمعنا بينتَهُ؛ لصرف اليمين عنه، حكمَ للمدَّعي ببيِّنته، فإِنْ رجعَ الغائب، وأعاد البيِّنةَ، قدّمت[1] بيِّنته، وإن سمعناها؛ لِعُلْقَةِ الإجارةِ، والرهن، فهل تقدّم هـٰذه البيِّنة، أم بيِّنة المدّعي ؟ وجهان.

أصحُّهما: تقديمُ بَـيِّنة المدعي، ويكون فائدة بَـيِّنته صرف اليمين [عنه]، هـٰذا ما ذكره الإمامُ، والغزاليُّ، والذي يفتىٰ به، وهو المفهومُ من كلام الأصحاب؛ أن المدَّعي إذا أضاف المدَّعىٰ عليه إلىٰ الغائب خصومة معه، وأخرىٰ مع الغائب، فإذا أقامَ البيِّنة، انصرفتِ الخصومةُ عنه لا محالةَ، ولا يجيء فيه الوجهان المذكوران فيما لو اقتصرَ علىٰ الإقرار للغائب، وبَنَوْا علىٰ انصراف الخصومة [عنه] أَنَّ المدّعي لو أقام البينةَ والحالةُ هـٰذه، فلا بدَّ له من اليمين مع البيِّنة، والقضاء قضاء علىٰ غائبٍ بلا خلاف، وهي بالإضافةِ إلىٰ الغائب غير مسموعة، فلا يحكم للغائب بالمِلْكِ بالبيِّنة التي أقامها الحاضرُ علىٰ أنه للغائب، فإِنْ تعرَّضَ الشهود مع ذٰلك لكونه في رَهْن الحاضر، وإجارته، فوجهان.

---

(١) في (ظ): «قدّم».

أحدُهما: تسمعُ هـٰذه البيِّنة للغائب أيضاً، وترجح بيِّنته علىٰ بيِّنة المدَّعي؛ لقوتها باليد.

وأصحُّهما: لا تسمعُ، فعلىٰ هـٰذا: تعملُ بيِّنة المدَّعي.

فَرْعٌ: مَتَىٰ حكمنا بانصراف الخصومةِ عن المدَّعىٰ عليه بإقراره لحاضرٍ، أو لغائبٍ، أو مجهول علىٰ وجه، فهل للمدَّعي تحليفه ؟ قولانِ؛ بناءً علىٰ أنه لو أقرّ له بعد إقراره لغيره، هل يَغْرَمُ القيمةَ ؟ وفيه خلاف سبق في « الإقرار »، إن قلنا: نَعَمْ، حلَّفه، فلعلَّه يقر فيغرم القيمة، وإن قلنا: لا، فإن قلنا: النُّكول وردُّ اليمين، كالإقرارِ، لم يحلِّفْه، وإن قلنا: كالبَيِّنة حَلَّفه؛ لأنه قد يَنْكُلُ، فيحلف المدَّعي، ويأخذ القيمة، وكأن العين تالفة. وهل يسترد العين من المقرّ له؛ وفاءً بتنزيله منزلةَ البينة ؟ وإذا أوجبنا القيمةَ، وأخذها بإقرارِ المدَّعىٰ عليه ثانياً، أو بيمين المدَّعي بعد نُكوله، ثم سلّمت له العين ببيِّنة، أو يمينه بعد نكول [١٢٨٩ / ب] المقرّ له، لزمه ردّ القيمة؛ لأنه أخذها للحيلولة، وقد زالت.

فَرْعٌ: ادَّعىٰ أَنَّ هـٰذه الدار وَقْفٌ عليَّ، وقال مَنْ هي في يده: هي مِلْكٌ لفلان، وصدَّقه المقرّ له، انتقلت الخصومة إليه، وليس له طلب القيمة من المقرّ؛ لأنه يدَّعي الوقف، ولا يعتاضُ عنه، كذا قاله البَغَويُّ. وكان لا يبعد طلب القيمة؛ لأن الوقفَ يضمنُ بالقيمة عند الإتلاف، والحيلولة في الحال كالإتلاف.

ولو رجعَ الغائبُ، وكذبَ المدَّعىٰ عليه في إقراره، فالحكمُ كمَا سبق فيمن أضاف إلىٰ جاحد، فكذَّبه.

ولو أقامَ المقرّ له الحاضر، أو الغائب بعد الرجوع بَـيِّنة علىٰ الملك، لم يكن للمدَّعي تحليف المقرّ؛ ليغرمَه؛ لأن الملك استقرَّ بالبَـيِّنة، وخرج الإقرار عن أن تكون الحيلولة به.

المسألةُ الرابعةُ: اشترىٰ ثوباً أَوعبداً [١] من رجل، فادَّعاه آخَرُ، نُظِرَ:

إنْ ساعده المشتري، وأقرَّ له بما ادَّعاه، لم يكن له أَنْ يرجعَ بالثمن علىٰ بَائعه،

---

(١) في المطبوع: « وعبداً ».

وإِنِ استحلفَ، فنكلَ، فحلف المدَّعي، وأخذ المال، قال الشيخ أبو عليٍّ: ليس له الرجوع بالثمن[١] أيضاً بلا خلاف؛ [لتقصيره بالنُّكول، وحَلِفُ المدَّعي بعد نُكوله كإقرارِهِ، ويجوزُ أَنْ يفرضَ في هـٰذا الخلاف] بناءً علىٰ أنه كالبيِّنة.

قلتُ: هـٰذا ضعيفٌ، أو باطل؛ لأن المذهبَ أنه إنما يكون كالبَـيِّنة في حقِّ المتنازعين دون غيرِهما، وكذا[٢] نقلَ الشيخُ أبو عليٍّ نحرير[٣] المذهب الاتفاق علىٰ عدمِ الرجوعِ. **والله أعلمُ**.

وإنْ أثبتَ المدَّعي الاستحقاق بالبيِّنة، وأخذ المال، نُظِرَ:

إنْ لم يصرّحْ في منازعته للمدّعىٰ بأنه كان مِلْكاً لبائِعي، ولا بأنه مِلْكي؛ بأن قامتِ البينةُ، وهو ساكت، فله الرجوعُ بالثمن قطعاً، وإنْ صرَّحَ بذٰلك، فوجهانِ.

أحدُهما: لا يرجعُ؛ لأن المدَّعي ظالم باعترافه.

وأصحُّهما: الرجوعُ مهما قال ذٰلك علىٰ وجهِ الخصومة، أو اعتمد ظاهر اليد، ثم بانَ خلاف ذٰلك بالبيِّنة، ويجري الوجهان فيما لو قال في الابتداء: بِعْني هـٰذه الدار؛ فإنها مِلْكُكَ، ثم قامت بينةٌ بالاستحقاق، ولا يجريان فيمَا لو كان الموجود مجرَّد الشراء، وإن كان الشراء إقراراً للبائع بالملك، وفرَّقوا بأَنَّ ذٰلك إقرارٌ تضمَّنه الشراء، فَبَطَلَ ببطلان المبايعة والإقرار المستقل بخلافه.

ولو اشترىٰ عبداً في الظاهر، فقال: أنا حُرُّ الأصلِ، فقد سبق أن القولَ قولُه، وأَنَّ علىٰ المشتري البيِّنة علىٰ رِقِّه، أو علىٰ إقراره بالرقِّ له، أو للذي باعه إيَّاه، فإذا حلف حكمَ بحرِّيته في الظاهر، ثم أطلق ابْنُ الحَدَّاد أنه لا يرجعُ المشتري علىٰ البائع بالثمن، وفَصَّلَ أكثرُهم، فقالوا: إنْ لم يصرّحْ في منازعته بأنه رقيق، رجعَ، وإنْ صرَّحَ، فعلىٰ الوجهين.

فُرُوعٌ من كلام القاضي أبي سَعْدٍ الهَرَوِيِّ: أقَرّ المشتري للمدَّعي بالمِلْك، ثم أراد إقامةَ البَـيِّنة علىٰ أنه للمدَّعي؛ ليرجعَ بالثمن علىٰ البائع، لم يمكَّنْ؛ لأنه يثبت

---

(١) في (ظ): « باليمين ».

(٢) في (أ، س): « ولهـٰذا ».

(٣) في المطبوع: « تحرير ».

المِلك لغيره بلا وكالة ولا نيابة، كيف والمدَّعي لو أرادَ إقامةَ البينة ، والحالةُ هـٰذه ، لم يلتفتْ إليه؛ لاستغنائه عن البَـيِّنة بالإقرار، وله تحليفُ البائع ؛ لأنه ربّما أَقَرّ، فيرجع عليه، فإِنْ نَـكَلَ، فهل يحلفُ المشتري يمين الردِّ ؟ إن قلنا : النكولُ واليمينُ كالإقرارِ، [١٢٩٠ / أ] فنَعَمْ، وإنْ قلنا : كالبَـيِّنة، فلا .

ولو ادَّعىٰ المسترقّ المبيع أنه حُرُّ الأصل، أو اعترفَ به المشتري، ثم أراد المشتري إقامةَ البَـيِّنة أنه حُرُّ الأَصْلِ، مُكِّنَ؛ لأن الحريةَ حقُّ اللهِ تعالىٰ، ولكل أحدٍ إثباتُها، وإذا ثَبَتَتْ، ثبتَ الرجوعُ، ولا يكفي في الرجوع بَـيِّنة بمطلق الحرِّية؛ لاحتمال أن المشتري هو الذي أعتقَهُ.

ولو أقام المشتري بعد ما أقرّ للمدَّعي بيِّنة علىٰ إقرار البائع ؛ بأنَّ المالَ للمدَّعي قُبلت، وثبتَ الرجوعُ؛ لأنه إذا بانَ إقرارُ البائع من قَبْلُ، لغا إقرارُ المشتري .

ولو أقام مدَّعي الاستحقاق البيِّنةَ، وأخذ العَين، ثم قامت بيِّنةٌ بأنَّ البائع كان اشتراها مِنْ هـٰذا المدعي سُمِعَتْ، ويرد[1] الحكم الأول، وتكون العَين للمشتري بالمبايعة السابقة .

فَصْلٌ: جاريةٌ في يد رجلٍ ادَّعىٰ رجلٌ أنها له، فأنكرَ صاحبُ اليد، فأقام المدَّعي بيِّنةً، أو حلفَ بعد نكول المدَّعىٰ عليه، وحكمَ له بها، فأخذَها، فوطئها، ثم قال: كذبْتُ في دعواي ويميني، والجاريةُ لمن كانت في يده، لزمَهُ ردُّها، ومَهْرها، وأَرْش نقصِها إنْ نَقَصَتْ، ولا يقبلُ قولُه: إنها كانت زانية؛ لأنها تنكرُ ما يقول.

وإنْ أَوْلَدَها، ثم كذبَ نفسه، لم يقبَلْ قولُه في إبطال حرِّية الولَدِ والاستيلاد؛ لأن إقرارَه لا يلزم غيره، ولـٰكن عليه قيمةُ الولدِ والأُمّ مع المهر، وليس له وطؤُها بعد ذٰلك إلاَّ أَنْ يشتريَها منه، فإنْ مات، عَتَقَتْ، وولاؤُها موقوفٌ، فإِنْ وافقَتْهُ الجاريةُ في الرجوع، لم يَبْطُلِ الاستيلادُ علىٰ الأصحِّ، ولو أَنَّ صاحب اليد أنكرَ، وحلف، وأولدَ الجاريةَ، ثم عادَ، وقال: كنتُ مُبطلاً في الإنكار، والجارية للمدَّعِي[2]، فالكلامُ في المهرِ، وقيمةِ الولد، والجارية، والاستيلاد علىٰ ما سبق في طرف المدَّعي .

---

(١) في المطبوع: « يرد » بدون « الواو ».

(٢) في المطبوع: « المدعي ».

المسألةُ الخامسَةُ: ما يقبلُ إقرار العبد فيه، كالحدِّ، والقصاصِ، فالدعوىٰ فيه تكون[1] علىٰ العبد، والجواب يُطلب منه.

وما لا يقبلُ إقرارُه فيه، وهو الأَرْشُ، وضمانُ الأموال، فالدعوىٰ فيه تتوجّه علىٰ السيد؛ لأن الرقبة [التي] تتعلق بها حَقٌّ للسيد.

ولو وجِّهت الدعوىٰ علىٰ العبد، فوجهان.

أحدُهما، وهو اختيار الإمام، والغزاليِّ: المنعُ؛ لأنَّ إقرارَه به غير مقبول، فعلىٰ هـٰذا: هل للمدَّعي تحليفه ؟ يُبنىٰ علىٰ أَن الأُرُوشَ المتعلِّقة بالرقَبة، هل تتعلَّقُ بالذمة أيضاً ؟ وفيه قولان سيأتيان في « كتاب العتق » إنْ شاءَ الله تعالىٰ، فإنْ قلنا: نَعَمْ، فلا طلبةَ في الحال، ولا إلزام، وإنما هو شيء يتوقَّعُ فيما بَعْدُ، كالدَّيْن المؤجَّل، ويجيءُ الخلاف السابقُ في سَماع الدعوىٰ بالدَّين المؤجَّل، فإنْ سمعناها، فله تحليفُ العبد، فإنْ نَـكَلَ، وحلف المدَّعي اليمين المردودة، لم يكن له التعلُّقُ بالرقَبة؛ لأن اليمينَ المردودَة، وإنْ جُعلت كالبيِّنة، فلا تؤثِّرُ إلَّا في حَقِّ المتداعيين، والرقبةُ حَقُّ السّيدِ.

وقيل: له التعلُّق بالرقبة، إنْ جعلناها كالبَـيِّنة.

والوجه الثاني، وهو المقطوعُ به في « التهذيب » في باب مُدَاينة العبيد: أن الدعوىٰ مسموعةٌ علىٰ العبد، إنْ كان للمدَّعي [١٢٩٠ / ب] بيِّنة، وكذا إن لم تكن بَـيِّنة، وقلنا: اليمينُ المردودةُ كالبَيِّنة، وإن قلنا: كالإقرارِ، فلا، وفي كُلِّ واحدٍ من الوجهين إشكالٌ، والمتوجّه أَنْ يقال: تسمعُ الدعوىٰ عليه [لإثبات الأَرْش في ذمته؛ تفريعاً علىٰ الأصلَين المذكورين، ولا تُسمعُ الدعوىٰ، والبَيِّنة عليه]؛ لتعلُّقه بالرقبة.

المسألةُ السادسَةُ: مَنِ ادّعىٰ علىٰ رجل عَيناً، أو دَيناً، ولم يحلفْهُ، وطلب كفيلاً منه؛ ليأتي بالبيِّنة، لم يلزمْهُ إعطاء كفيل، وإن اعتاد القضاة خلافه، هـٰذا هو المعروف للأصحاب.

وقال بعض المتأخرين: الأمر فيه إلىٰ رأي الحاكم.

---

(١) في المطبوع: « يكون ».

وإنْ أقامَ شاهدَين، وطلبَ كفيلاً إلىٰ أَنْ يعدّلا، فالصحيحُ أنه يطالب به، فإن امتنع، حبس لامتناعِهِ، لا لثبوت الحَقِّ.

وقال القَفَّالُ: لا يلزمُهُ إعطاءُ الكفيل، لـٰكن للحاكم أَنْ يطالِبَهُ به[1] إذا أدَّىٰ[2] اجتهادُه إليه، وخاف هَرَبَهُ، وقد سبقَ في « الضمان » قولهُ[3]: إنَّ كفالةَ البدَن باطلةٌ. وباللهِ التوفيقُ.

✍ ✍ ✍

---

(١) كلمة: « به » لم ترد في (أ)، ولا في المطبوع، المثبت موافق لما في (فتح العزيز : ٩ / ١٨٩).

(٢) في (ظ)، والمطبوع: « رأىٰ »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز : ١٣ / ١٨٩).

(٣) في (أ)، والمطبوع: « قول ».



البابُ الثالثُ
فـي اليَمِـيْنِ

فيه أطرافٌ:

الأولُ: في نَفْسِ الحَلِفِ، وصِيَغُ الأَيمان مستوفاةٌ في موضِعها، والمقصودُ الآنَ بيانُ قاعدَتين.

إحداهما: أَنَّ للتغليظ مَدْخلاً في الأَيمان المشروعةِ في الدعاوىٰ؛ مُبالغةً في الزجْرِ، وفيه مسائِلُ:

الأولىٰ: التغليظُ يقع بوجوهٍ(١).

أحدُها: التغليظُ اللَّفظيُّ، وهو ضَرْبان.

أحدهما: التعديدُ، وهو مخصوصٌ باللِّعان، والقَسامة، وواجبٌ فيهما.

الثاني: زيادة الأسماء والصفات؛ بأَنْ يقولَ: واللهِ! الذي لا إِلهَ إلاَّ هو، عالم الغيب والشهادة [الرحمـٰن الرحيم] الذي يعلمُ مِنَ السرِّ ما يعلمُ من العلانية، أو: واللهِ! الطالب، الغالب، المُدْرك المهلك، الذي يعلمُ السرَّ وأَخفىٰ، وهـٰذا الضربُ مستحبٌّ، فلو اقتصر علىٰ: « واللهِ »(٢) كفىٰ.

واستحبَّ الشافعيُّ رَحِمَهُ اللهُ أَنْ يقرأ علىٰ الحالف: ﴿ إِنَّ ٱلَّذِينَ يَشۡتَرُونَ بِعَهۡدِ ٱللَّهِ وَأَيۡمَٰنِهِمۡ ثَمَنٗا قَلِيلًا ﴾ الآية[آل عمران: ٧٧] وأنْ يحضرَ المصحف، ويوضعَ في حِجْرِ الحالِفِ.

---

(١) في المطبوع: « بوجوده »، غلط.

(٢) في المطبوع لفظ الجلالة: « الله » بدون « الواو ».

وذكر بعضُهم أنه يحلفُ قائماً؛ زيادةً في التغليظ.

والوجه الثاني: التغليظُ بالمكان.

والثالث: التغليظُ بالزمان، وهما مفصَّلان في « كتاب اللِّعان ». وهل التغليظُ بالمكانِ مستحبٌّ، أم واجبٌ لا يعتدُّ بالحَلِفِ في غيره ؟ قولانِ.

أظهرُهما: الأولُ.

وقيل: مستحبٌّ قطعاً.

والتغليظُ بالزمان مستحبٌّ، وقيل: كالمكانِ، ورأىٰ الإمامُ طردَ الخلافِ في الضربِ الثاني من التغليظ [اللَّفظي].

ومن وجوه التغليظ المذكورة في اللِّعانِ: التغليظُ بحضور جَمْعٍ، ولم يذكروه هنا، ويشبهُ أَنْ يقالَ: الأَيمان المتعلّقة بإثباتِ حَدٍّ، أو دفعِهِ يكونُ التغليظُ فيها بالجَمْع، كما هو في اللِّعان.

قلتُ: الصوابُ القطعُ بأنَّه لا يعتبرُ هنا. **والله أعلمُ.**

ثم التغليظُ هل يتوقَّفُ علىٰ طلب الخصمِ، أم يغلظ القاضي وإنْ لم يطلب الخصم ؟ وجهانِ.

أصحُّهما: الثاني، حكاه ابْنُ كَجٍّ، ويشبهُ أَنْ يجريا، سواء قلنا بالاستحباب، أو بالإيجابِ.

المسألةُ الثانيةُ: يجري التغليظُ في دعوىٰ الدمِ، والنِّكاح، والطلاق، والرجعة، والإيلاءِ، واللِّعان، والعِتق، والحَدِّ، والوَلاء، والوَكالة، والوصاية، وكل ما ليس بمال، ولا يقصد منه المال حتَّىٰ يجريَ في الولادةِ، والرّضَاع [١٢٩١ / أ]، وعيوبِ النساء، وليس قَبولُ شهادةِ النساءِ فيها منفرداتٍ؛ لقلَّة خَطَرها؛ بل لأن الرجالَ لا يطَّلعون عليها غالباً، وتوقَّف الإمامُ في الوَكالة.

وأمَّا الأموالُ فيجري التغليظُ في كثيرها، وهو نصابُ الزكاة؛ عشرون ديناراً، أو مِئتا درهم، وأَمَّا قليلها وهو ما دون ذٰلك، فلا تغليظَ فيه إلاَّ أَنْ يرىٰ القاضي التغليظَ؛ لجرأة في[1] الحالف، فله التغليظُ.

---

(١) كلمة: « في » ساقطة من المطبوع.

وعن ابْنِ القَطَّان وجه غريبٌ: أن المالَ الواجبَ بجنايةٍ عَمْداً وخطأ يغلظ فيه، وإنْ قلَّ.

الثالثَةُ: ما جرىٰ فيه التغليظُ يستوي فيه يمينُ المُدَّعىٰ عليه، واليمينُ المردودةُ، واليمينُ مع الشاهد، وقد يقتضي الحالُ تغليظَ اليمين من أحَدِ الطرفين دون الآخَرِ، مثْل إِنِ ادَّعىٰ عبد[1] علىٰ سيدِه عِتقاً، أو كِتابةً، فأنكرَ السيدُ، فإنْ بلغت قيمتُهُ نصاباً، غلظَ عليه، وإلاَّ، فلا، فإنْ نـكَلَ، غلظَ علىٰ العبد بكلِّ حال، والوقْفُ من جانب المدَّعىٰ عليه لا تغليظَ فيه إِلاَّ إذا بلغَ نصاباً، وكذا من جانب المدَّعِي إِنْ أثبتناه بشاهِدٍ ويمينٍ، وإن لم نثبته بهما، غلظَ، كالعتق، وفي وجهٍ: ما غلظَ من طرفٍ غلظَ من الآخَر، والصحيحُ: الأولُ.

وإذا ادَّعىٰ الزوجُ الخُلْعَ علىٰ مال، وأنكرَتْهُ، حصلت البينونةُ بقوله، وتصدَّق الزوجة في إنكار المال بيمينها، ويُنظرُ في التغليظ إلىٰ قِلَّة المال وكثرته، فإِنْ رُدَّت اليمين، وحلفَ الزوجِ، فكذٰلك؛ لأن مقصوده المال، وإنِ ادَّعَتْ هي الخلع، وأنكرَ، غلظَ عليه؛ لأنَّ مقصودَه استدامةُ النكاح، وإِنْ نَكَلَ، فحلفت، غلظَ؛ لأن مقصودَها الفراقُ.

الرابعةُ: مَنْ به مَرَضٌ، أو زَمانة، لا يغلظُ عليه في المكان لعُذْرِهِ، وكذا الحائض؛ إِذْ لا يمكنها اللُّبثُ في المسجد. والمرأةُ المُخَدَّرةُ في إحضارِها مجلسَ الحكم خلافٌ سَبَقَ، فإنْ أُحضرت، فكالرجل في التغليظِ، وإن قلنا: لا تحضرُ؛ بل يبعثُ القاضي مَنْ يحكم بينها وبين خصمها، فإن اقتضىٰ الحالُ تحليفَها، فهل يغلظُ عليها بالمكان، وتكلف حضورَ الجامع، أم لا ؟ وجهانِ.

أصحُّهما: نَعَمْ، وبه أجاب الشيخ أبو حامد، ومتابعوه، والغزاليُّ.

فَرْعٌ: مَنْ توجَّهت عليه يمينٌ مغلَّظةٌ، وكانَ حلفَ بالطلاق أَنْ لا يحلفَ يميناً مغلَّظة، فإنْ قلنا: التغليظُ واجب، غلظَ، ويحنثُ، وإِنِ امتنعَ، جُعل ناكِلاً، وإن قلنا: مستحبٌّ، لم يغلظْ[2].

---

(١) كلمة: «عبد» ليست في (أ).

(٢) في المطبوع زيادة: «عليه إتلاف ثوب قيمته عشرة، فإن قال في الجواب: ما أتلفت، يحلف»، وهي مقحمة هنا، مكانها في السطر التالي.

القاعدة الثانية: يشترطُ كونُ اليمين مطابقةً للإنكار؛ فإِنِ ادعىٰ عليه إتلافَ ثوبٍ قيمتُهُ عَشَرَةٌ، فإن قال في الجواب: ما أتلفْتُ، يحلفُ كذٰلك، وإنْ قال: لا يلزمُني شيء، حلفَ كذٰلك، ويشترطُ وقوعُها بعد تحليف القاضي، فلو حلف قبله، لم يعتدّ به.

فلو قال الحاكم في تحليفه: قل: باللهِ! فقال: بالرحمـٰن! لم يكن مُجيباً، وكان نُـكولاً.

ولو قال: قُل: باللهِ! فقال: واللهِ! أو تَاللهِ! فهل هو نُـكول، كالصورة الأولىٰ، أم لا؛ لأنه حلفَ بالاسمِ الذي حلفَهُ به؟ وجهانِ، ويجريان فيما[1] لو غلظ عليه باللَّفظ، وامتنع[2]، واقتصر علىٰ قوله: والله! وفيما لو أراد التغليظ بالزمان والمكان فامتنعَ، فقال القَفَّالُ في امتناعه [١٢٩١ / ب] من التغليظ اللَّفظي: الأصحُّ أنه ناكِل؛ لأنه ليس له رَدُّ اجتهادِ القاضي، وقَطَعَ بعضُهم بأنه ناكل في الامتناع من المكاني والزماني دون اللَّفظيِّ.

الطرفُ الثاني: في كيفيَّة الحَلِف: فإِنْ حَلَفَ علىٰ فعل نفسه، حلف علىٰ البَتِّ[3]، سواء كان يثبته أم ينفيه؛ لأنه يعلمُ حالَ نفسه، وإن حلفَ علىٰ فعلِ غيره؛ فإِنْ حلفَ علىٰ إثباته، حلفَ علىٰ البَتِّ، وإِنْ حلفَ علىٰ نفيه، حلف أنه لا يعلمُهُ، وقد يختصرُ، فيقال: اليمين علىٰ البتِّ إلاَّ إذا حلفَ علىٰ نفي فعلِ غيرِهِ، فإذا ادّعي عليه مال، فأنكر، حلف علىٰ البتِّ، وإِنْ حلفَ علىٰ نفيه، حلف علىٰ البَتِّ، فإِنِ ادَّعىٰ إبراءً أو قضاءً، وأنكرَ المدَّعي، حلفَ علىٰ البَتِّ.

ولو ادعىٰ وارث علىٰ رجل أَنَّ لمورثي عليكَ كذا، فقال المدَّعىٰ عليه: أَبرأني، أو قضيتُهُ، حلفَ المدَّعي علىٰ نفي العلم بإبراءِ المورِّث وقبضه.

ولو كان في يده دار، فقال رجل: غصبَها مني أبوكَ، أو بائعك، فأنكرَ، حلفَ علىٰ نفي العلمِ لغصبه.

ولو ادعىٰ رجلٌ علىٰ وارثِ الميتِ دَيناً علىٰ الميت، لم يكفِ ذكرُ الدَّين

---

(١) في المطبوع: « فيهما ».
(٢) في المطبوع: « فامتنع ».
(٣) البتّ: القطع والجزم (النجم الوهاج: ١٠ / ٤١٦).

وَوَصْفُهُ؛ بل يذكرُ مع ذٰلك موتَ من عليه، وأنه حصلَ في يده مِنَ التركة ما يفي بجميعه أو ببعضه، وأَنْ يعلم دينه علىٰ مورثه، وهٰكذا كل ما يحلف المنكر فيه علىٰ العلم يشترطُ في الدعوىٰ عليه التعرّض للعلم، فيقول: غصبَ مني مورِّثك كذا، وأنتَ تعلم أنه غصبه. ثم إذا تعرَّضَ لجميع ذٰلك؛ فإِنْ أنكرَ الوارِثُ الدَّينَ، حلفَ علىٰ نفي العلم، فإِنْ نَكَلَ، حلف المدَّعي علىٰ البَتِّ، وإِنْ أنكرَ موت مَنْ عليه، فهل يَحلفُ علىٰ نفي العلم، أم علىٰ البَتِّ؛ لأن الظاهر اطلاعُهُ عليه، أم يفرَّق بين تعهده حاضراً، أم غائباً؟ فيه أوجُهٌ.

أصحُّها: الأول، وإِنْ أنكرَ حصول التركة عنده، حلفَ علىٰ البتِّ، وإِنْ أنكر الدَّين، وحصول التركة معاً وأرادَ أَنْ يحلفَ علىٰ نفي التركة وحدَه، وأراد المدَّعي تحليفه علىٰ نفي التركة، ونفي العلم بالدَّين جميعاً، حلفَ عليهما؛ لأن له غرضاً في إثبات الدَّين، فلعلَّه يظفر بوديعة للميتِ، أو دَين فيأخذ منه حقَّه.

ولو ادعىٰ علىٰ رجل أَنَّ عبدَكَ جنىٰ عليَّ بما يوجِب كذا، وأنكرَ، فهل يحلفُ علىٰ نفي العلم، أم علىٰ البتِّ؟ وجهان.

أصحُّهما: الثاني؛ لأن عبده ماله، وفعلُه كفعلِهِ، ولذٰلك سُمعت الدعوىٰ عليه.

ولو ادعىٰ أَنَّ بَهيمتَكَ أتلفت لي[(١)] زرعاً أو غيرَه حيثُ يجبُ الضمان، فأنكرَ، حلف علىٰ البَتِّ؛ لأنه لا ذمة لها، والمالك [لا] يضمن بفعل البهيمة؛ بل بتقصيره في حفظها وهو أمرٌ يتعلَّق بالحالف.

ولو نصبَ البائع وكيلاً؛ ليقبضَ الثمنَ، ويسلمَ المبيعَ، فقال له المشتري: إنَّ موكِّلك أذنَ في تسليم المبيع، وترك حق الحَبْسِ[(٢)]، وأنت تعلمُ، فهل يحلفُ علىٰ البَتِّ، أم علىٰ نفي العلمِ؟ قولانِ، اختيارُ أبي زيد: البَتُّ؛ لأنه يثبتُ لنفسه استحقاق اليد علىٰ المبيع.

قلتُ: نفيُ العلمِ أقوىٰ. **واللهُ أعلمُ.**

ولو طلبَ البائعُ تسليمَ المبيع، فادعىٰ حدوثَ عجز عنه، وقال للمشتري: أنت

---

(١) في (ظ): « عليَّ ».

(٢) في المطبوع: « الجنس ».

عالم به، فأنكرَ، حلف علىٰ البتِّ؛ لأنه يستبقي [١٢٩٢ / أ] بيمينه وجوب تسليم المبيع إليه.

ولو ماتَ عن ابنٍ في الظاهر، فقال آخَرُ: أنا أخوكَ، والميراثُ بيننا، فأنكرَ، حلف علىٰ البتِّ؛ لأن الأخوَّةَ رابطةٌ بينهما، فهو حالف في نفسِه، هٰكذا ذكر الصورتين ابْنُ القاصِّ، ونازعه آخرون، وقالوا: يحلفُ علىٰ نفي العلم.

قلتُ: نفيُ العلم هو الصحيحُ. **واللهُ أعلمُ.**

فَرْعٌ: ما حلف فيه علىٰ البَتِّ لا يشترطُ لجوازه اليقينُ؛ بل يجوزُ البتُّ؛ بناءً علىٰ ظنٍّ مؤكّد يحصل من خَطِّه، أو خَطِّ أبيه، أو نُكولِ خَصْمه.

فَرْعٌ: لو استحلفه القاضي علىٰ البتِّ حيثُ يكون اليمينُ بنفي العلم، فقد مال عن العَدْلِ.

فَرْعٌ: النظرُ في اليمين إلىٰ نيَّةِ القاضي المستحلِفِ وعقيدَتِهِ، وأما النيةُ والتوريَةُ والتأويلُ علىٰ خلاف قصدِ القاضي لا يُغْني، ولا يدفعُ إثمَ اليمينِ الفاجرةِ.

ولو استثنىٰ، أو وصلَ باللَّفظ شرطاً بقلبه ونيته أو بلسانه، ولم يسمعْهُ الحاكمُ، فكذٰلك، وإن سمعَهُ، عَزَّره، وأعاد اليمين عليه، وإنْ وصلَهُ بكلام، لم يفهمْهُ القاضي منعَهُ منه، وأعادَ اليمينَ عليه، فإنْ قال: كنتُ أذكرُ اللهَ تعالىٰ، قيل له: ليس هٰذا وقته. وأما العقيدةُ، فإذا ادّعىٰ حنفيٌّ علىٰ شافعيٍّ شُفعةَ الجار، والقاضي يرىٰ إثباتَها، وأنكر المدَّعىٰ عليه، فليس له أَنْ يحلفَ؛ عملاً باعتقاده؛ بل عليه اتباع القاضي، ويلزمه في الظاهر ما ألزمَهُ القاضي، وهل يلزمُهُ في الباطن؟ وجهان.

الصحيح باتفاقهم: نَعَمْ.

والثاني: لا.

وعن صاحب «التقريب»[1]: أَنَّ القضاءَ في المجتهد فيه ينفذُ في حَقِّ المقلّد ظاهراً وباطناً، ولا ينفذُ في حقِّ المجتهدِ باطناً، فلو حلفه المجتهدُ علىٰ حَسَب اجتهاده لم يأثَمْ.

---

(١) صاحب التقريب: هو أبو الحسن، القاسم بن القفَّال الشاشي الكبير.



قلتُ: هـٰذا إذا حلَّفه القاضي، أو نائبُهُ، أمَّا إذا حلفَ الإنسان ابتداء، أو حلَّفه غيرُ القاضي من قاهِرٍ، أو خصم، أو غيرِهما، فالاعتبارُ بنيَّة الحالف بلا خلاف، وينفعه التوريةُ قطعاً، سواء حلف بالله تعالىٰ، أو بِطَلاق، وعِتاق، وغيرِهما، صرَّح به الماوَرْدِيُّ، ونقلَه ابْنُ الصبَّاغ عن الأصحاب، ذكراه في كتاب الطلاق. **والله أعلمُ.**

الطرفُ الثالِثُ: في الحالِفِ، وهو كُلُّ مَنْ يتوجَّه عليه دعوىٰ صحيحة، وقيل: كُلُّ مَنْ توجَّهت عليه دعوىٰ، لو أقرّ لمطلوبها، ألزمَ به، فإذا أنكرَ، حلفَ عليه، وقُبل منه، ويستثنىٰ عن هـٰذا الضبط صُوَرٌ، فنذكرها مع ما يدخُلُ فيه، ويخرجُ منه:

إحداها: يجزئ التحليفُ في النكاح، والطلاق، والرَّجعة، والفَيْئةِ في[1] الإيلاءِ، وفي العِتْقِ والاستيلادِ، والوَلاء، والنَّسَب، ولا تُسمعُ دَعْوَىٰ في حدود الله تعالىٰ، ولا يُطلبُ[2] الجوابُ؛ لأنها ليست حَقّاً للمدَّعي؛ فإنْ تعلَّق بهِ حَقُّ آدميٍّ؛ بأَنْ قذَفَهُ، فطلب حدَّ القَذْفِ، فقال القاذِف: حلّفوه أنَّه لم يَزْنِ، فالأصحُّ أنه يحلفُ، كما سبق في المسألة الثالثة مِنَ البابِ الأولِ، فإنْ حلفَ، أُقيم علىٰ القاذف، وإنْ نَكَلَ، وحلفَ القاذِف، سقَطَ حَدُّ القذف، ولا يثبتُ بحلِفِهِ حَدُّ الزنىٰ علىٰ المقذوف.

ولو ادعىٰ سرقةَ ماله، سُمعت [١٢٩٢ / ب] دعواه للمال، وحلف المدَّعَىٰ عليه، فإنْ نَكَلَ، حلفَ المدَّعي، واستحقَّ المال، ولا يقطعُ المدَّعىٰ عليه؛ لأن حدودَ الله تعالىٰ لا تثبتُ باليمينِ المردودةِ.

وإذا أقرَّ بما يوجِبُ حدّاً، وادَّعىٰ شُبهةً؛ بأن وطئ جاريةَ أبيه، وقال: ظننتها تَحِلُّ لي، وهو ممن يجوزُ أَنْ يشتبهَ عليه مثله، حلفَ، وسقطَ بحَلِفِهِ الحَدُّ، ولزمَ المهرُ، وتُسمَعُ الدعوىٰ.

ويجري التحليفُ في القصاصِ، وحَدِّ القذفِ، وكذا في الشَّتْمِ، والضرْبِ الموجِبَين للتعزير.

الثانيةُ: ادَّعىٰ علىٰ القاضي أنه ظلمَهُ في الحكم، أو علىٰ الشاهد أنه تعمَّدَ الكذبَ أو الغَلَطَ، أو ادَّعىٰ عليه ما يسقطُ شهادته، لم يحلفا؛ لارتفاعِ منصبهما عن

---

(١) في المطبوع: « وفي ».

(٢) في المطبوع: « ولا بطلب ».

التحليف، وقد سبقَ هـٰذا في البابِ الأولِ، وفي أول « أدب القضاء ».

ولو ادَّعىٰ علىٰ المعزول أنه حكمَ أيام قضائِهِ عليه ظلماً، وأنكرَ، فقد سبق وجهانِ في أنه يحلفُ أم يصدّقُ بلا يمينٍ، وهو الأصحُّ.

هـٰذا في دعوىٰ تتعلَّق بالحُكم، وأَمَّا ما لا يتعلَّق بالحكم، كدعوىٰ مال وغيره، فهو كسائِرِ الناسِ في الخصومات الشرعية يحكمُ فيها بينه وبين المدعي خليفته، أو قاضٍ آخر.

الثالثةُ: الصبيُّ إذا ادَّعىٰ البلوغَ بالاحتلام في وقتِ الإمكان، صدِّق بلا يمين، كما سبق في « الإقرار »، ومنِ ادَّعىٰ عليه بشيء، فقال: أنا صبيٌّ بَعْدُ، وهو محتمل، لم يحلفْ، وتوقَفُ الخصومةُ حتَّىٰ يبلغَ.

وإِنْ وقَع في السبْيِ مَنْ أَنْبَتَ، وقال: استنبت الشَّعْرَ بالعلاج، وأنا غيرُ بالغٍ، بُني علىٰ القولين السابقين في الحَجْرِ أَنَّ إنباتَ العانةِ نفسُ البلوغ أم علامته ؟ إِنْ قلنا بالأولِ، فلا حاصل لكلامه، وإنْ قلنا بالثاني، وهو الأظهر؛ فالمنصوص المعروف في المذهب: أنه يحلفُ، وهو مُشكل من جهة أنه يدّعي الصِّبا، وتحليفُ مَنْ يدَّعي الصِّبا لا وجْهَ له، كما سبقَ في الإقرارِ، فقال ابْنُ القَطَّان والقفَّالُ: هـٰذا التحليفُ احتياطٌ واستظهار، ومُقتضىٰ كلامِ الجمهور: أنه واجب، وصرَّحَ به الرُّوْيَانِيُّ، [ونفىٰ] الخلافَ فيه، واعتمدوا في تحليفِهِ الإنباتَ، وقالوا: كيف نتركُ الدليلَ الظاهرَ بزعْمٍ مجرَّد ؟ فإذا حلفَ، ألحقَ بالصِّبيان، وحقنَ دمه، وإِنْ نَـكَلَ، فالمنصوصُ أنه يقتلُ.

والثاني: يُخلىٰ.

والثالث: يحبسُ حتَّىٰ يحلفَ أو يُقِرّ.

والرابع: يحبسُ حتَّىٰ يتحقَّقَ بلوغه، ثم يحلف علىٰ ما ادعاه مِنَ الاستعجال، فإِنْ لم يحلِفْ قتلناه.

الرابعةُ: ادَّعىٰ رجلٌ دَيناً علىٰ ميت، أو أنه أوصىٰ له بشيء، وللميتِ وصيٌّ في قضاءِ دينه، وتنفيذ وصاياه، فأنكرَ، فإِنْ كان للمدَّعي بَـيِّنة، حكمَ بها، وإن لم يكن وأرادَ تحليف الوصيِّ علىٰ نفي العلمِ، لم يمكّن؛ لأن مقصود التحليفِ أَنْ يُقرَّ،

والوصيُّ لا يقبلُ إقرارَه بالدَّين والوصية، فلا معنىٰ لتحليفه، فلو كان وارثاً، حلفَ بِحَقِّ الوِراثة، وقَيِّمُ القاضي كالوصيِّ.

فَرْعٌ: علىٰ إنسانٍ حَقٌّ لرجل، فطالبَهُ[1] به رجل، وزعمَ أنه وكيل المستحقِّ، ولم يقمْ بَـيِّنة، وأراد تحليفه علىٰ نفي العلم بالوكالة، لم يمكّن[2]؛ لأنه لو اعترف بالوَكالة، لم يلزمْهُ تسليمُ الحقِّ، هـٰذا هو المذهبُ، وسبقَ في « الوكالة » وجهٌ: أنه يلزمُهُ التسليمُ، وعلىٰ هـٰذا: له تحليفُهُ، وأَنَّ له تحليفُهُ، وإنْ لم يلزمْهُ التسليمُ [١٢٩٣ / أ] باعترافِهِ، إذا قلنا: اليمينُ المردودةُ كالبَـيِّنة.

فَرْعٌ: هل للوكيلِ بالخصومةِ إقامةُ بَـيِّنة علىٰ وكالته مِنْ غير حضور الخصم ؟ وجهانِ، حكاهما الإمامُ.

عن القاضي حسين: اشتراطُهُ.

وغيره: منعه.

وقد سبقَ في الوكالة أن الإمامَ حكىٰ عن القاضي [حُسين]: أنه إذا كان الخصمُ غائباً، نصبَ الحاكم مسخَّراً عنه، كان المرادُ هنا إذا كان حاضراً في البلد، وهناكَ إذا كان غائباً، والأصحُّ سماعُ البَيِّنة من غير حاجة إلىٰ حضوره، ولا إلىٰ نصب مسخَّر.

ولو وكلَ بالخصومة في مجلسِ الحكم، استغنىٰ عن حُجة يُقيمها، إنْ كان الخصمُ حاضراً، فإنْ لم يكن، فَيُبنىٰ علىٰ أن القاضي هل يَقضي بعلمه ؟

الطرفُ الرابعُ: في[3] فائدةِ اليمين، وحُكْمها وهو انقطاعُ الخصومة، والمطالبة في الحال، لا سقوط الحقِّ، وبراءة الذمةِ، فلو أقام المدَّعي بينةً بعد حَلِفِ المدَّعىٰ عليه، سُمعت، وقضىٰ بها، وكذا لو رُدَّت اليمين علىٰ المدَّعي، فَنَكَلَ، ثم أقامَ بَـيِّنةً، وهـٰذا إذا لم يتعرَّضْ وقت التحليف للبيِّنة، فإنْ كان قال حينئذ: لا بَـيِّنةَ لي حاضرة ولا غائبة، فهـٰذه الصورةُ ذكرناها في الطرفِ الثاني من الباب الثاني من « أدَبِ القضاء »[4] مضمومةً إلىٰ ما لو اقتصرَ علىٰ قوله: لا بينةَ لي، وفيهما خلاف،

(١) في المطبوع: « فطلبه ».
(٢) في المطبوع: « لم يكن له » بدل: « لم يمكّن ».
(٣) كلمة: « في » ساقطة من المطبوع.
(٤) في (ظ): « القاضي ».

والأصحُّ: السماعُ أيضاً، وذكرنا هناك أنه لو قال: لا بينةَ لي حاضرة، ثم أقام بينةً سُمعت، فلعلَّها حضرَتْ، وأنه لو قال: لي بيِّنة ولا أُقيمها؛ بل أردْتُ يَمينه، أجابه القاضي، وحلف المدَّعىٰ عليه، هـٰذا هو الأصحُّ.

وفي « فتاوىٰ القَفَّالِ » أنه لا يجيبُهُ؛ بل يقول: أحضرِ البَـيِّنةَ.

فَرْعٌ: أقام المدَّعِي بدعواهُ شهوداً، ثم قال: كَذَبَ شُهودي، أو شهدوا مُبطلين، فلا شكَّ في سقوطِ بَـيِّنته، وامتناع الحكم، وفي بطلانِ دعواهُ وجهان.

أحدُهما: تبطُلُ، كما لو كذب نفسَه، فليس له أَنْ يقيمَ بعد ذٰلك بينةً أخرىٰ.

وأصحُّهما: لا؛ لاحتمال كونِهِ مُحِقّاً في دعواه، والشهود مبطلين لشهادتهم بما لا يعلمون، وفي مثل هـٰذا قال الله تعالىٰ: ﴿وَٱللَّهُ يَعۡلَمُ إِنَّكَ لَرَسُولُهُۥ وَٱللَّهُ يَشۡهَدُ إِنَّ ٱلۡمُنَٰفِقِينَ لَكَٰذِبُونَ﴾ [المنافقون: ١].

وبني علىٰ الوجهين ما لو أقام المدَّعي شهوداً، فزعَمَ المدَّعىٰ عليه أَنَّ المدَّعِي أقرَّ بأنَّ شهودَه كَذَبةٌ، وأقام عليه شاهداً، وأراد أَنْ يحلف معه، هل يمكَّنُ، ويحكمُ بشاهده ويمينه؟ إنْ قلنا: هـٰذا الإقرار لا يبطلُ أصل الدعوىٰ، فلا؛ لأن المقصودَ حينئذ الطعنُ في الشهود، وإخراجُ شهادتهم عَنْ أَنْ يحكمَ بها، وجَرْحُ الشهودِ، والطعنُ فيهم لا يثبتُ بشاهِدٍ ويمينٍ، وإنْ كانت الشهادةُ بمال.

وإنْ قلنا: يُبطلها، مكِّنَ؛ لأن المقصود حينئذٍ إسقاطُ[1] الدعوىٰ بالمال، فهو كادّعاءِ الإبراءِ بشاهد ويمين.

فُروعٌ: في « فَتَاوىٰ القَفَّال » وغيره: أقامَ شاهدَين في حادثة، وكانا استباعا الدارَ منه، بَطَلَتْ شهادتهما.

ولو أقامَ شاهدَين بأنَّ هـٰذه الدار مِلْكه، وأقامَ المشهودُ عليه شاهدَين بأَنَّ شاهدَي المدَّعي قالا: لا شهادة لنا في ذٰلك، سألهما الحاكمُ: مَتىٰ قال ذٰلك شاهِدا[2] المدَّعِي؟ فإن قالا: قالاه أمسِ، أو مِنْ شهر، لم تندفِعْ شهادتُهما بذٰلك؛ لأنهما [١٢٩٣ / ب] قد لا يكونان شاهدَين، ثم يصيرانِ.

---

(١) في (ظ): « سماع »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٢٠٥).
(٢) في (ظ)، والمطبوع: « شاهدي »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٢٠٥).

وإن قالا: قالاهُ[١] حين تَصَدَّيا لإقامةِ الشهادةِ، اندفعَتْ شهادتُهما.

ولو أقامَ المشهودُ عليه شاهِدَين[٢] أَنَّ المدَّعي، أَقَرَّ بأنَّ شاهدَيه شَرِبا الخمرَ وقتَ كذا؛ فإنْ طالت المدةُ بينه وبين أداء الشهادة، لم يقتضِ ذٰلك رَدَّ الشهادة، وإن قَصُرَتْ، رُدَّتْ شهادتهما.

وإن شهدا: أنه أقرَّ بأنهما شربا الخمرَ من غير تعيينِ وقتٍ، سُئل المدَّعي عن وقته، وحكمَ بما يقتضيه تعيينُهُ.

ولو أقام المدَّعي بيِّنةً، ثم قال للقاضي: لا تحكمْ بشيء حتَّىٰ تحلِّفه، بَطَلَتْ بيِّنتُهُ، لأنه كالمعترفِ بأنها مِمَّا لا يجوز الحكم بها.

قلتُ: هٰذا مُشْكِلٌ، فقد يقصدُ تحليفه؛ ليقيمَ البيِّنةَ، ويظهر إقدامه علىٰ يمين فاجرة، أو غير ذٰلك من المقاصد التي لا تقتضي قَدْحاً في البينة، فينبغي أَنْ لا تبطلَ البيِّنة. **والله أعلمُ**.

فَصْلٌ: إذا طلب المدَّعي يمين المدَّعىٰ عليه عند الحاكم، فقال للحاكم: قد حلَّفني مرةً علىٰ هٰذا بطلبه، فليس له تحليفي، فإن حفظ القاضي ما قاله، لم يحلِّفه، ومنعَ المدَّعي ممَّا طلب، وإنْ لم يحفظْهُ، حلَّفه، ولا ينفعُهُ إقامة البَيِّنة عليه؛ لما سبق أن القاضي متَىٰ تذكَّرَ حكمَه أمضاهُ، وإلاَّ، فلا يعتمدُ بيِّنة.

وعن ابْنِ القاصِّ: جوازُ سماعِ البَيِّنة فيه، حكاه الهَرَوِيُّ، ومقتضاه الطرْدُ في كل باب.

وإن قال حلَّفني عند قاضٍ آخَر وأطلقَ، وأرادَ تحليفَه علىٰ ذٰلك، فوجهانِ، قال ابْنُ القاصِّ بالمنْع؛ إذ لا يؤمنُ أَنْ يدَّعي المدَّعي أنه حلَّفه علىٰ أنه ما حلَّفه، وهٰكذا فيدور الأمرُ، ولاَ ينفصلُ.

وأصحُّهما، وبه قطع البغويُّ، وغيرُهُ: يمكَّن منه؛ لأنه محتملٌ غير مُستبعد، ولا يسمع مثل ذٰلك من المدَّعي؛ لئَلاَّ يتسلسل، فعلىٰ هٰذا: إنْ كانت له بيِّنةٌ أقامها،

---

(١) في المطبوع: « قالا »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٢٠٥).

(٢) في المطبوع: « بشاهدين »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٢٠٥).

وتخلَّص عن الخصومة، وإنِ استمهلَ ليقيمَ، فقياسُ البينات الدوافع أَنْ يمهلَ ثلاثة أيام.

وعن القاضي حُسين: أنه لا يُمهل أكثر من يوم.

وإنْ لم تكن بيِّنَة، حلفَ المدَّعي أنه ما حلَّفه، ثم يطلبُ المال، فإنْ نَكَلَ، حلف المدَّعىٰ عليه، وسقطتِ الدعوىٰ.

فلو أرادَ أَنْ يحلفَ يمينَ الأَصلِ، لا يمينَ التحليف المردودة عليه، قال البغويُّ: ليس له ذٰلك إلَّا بعد استئنافِ الدعوىٰ؛ لأنهما[1] الآن في دعوىٰ أخرىٰ. ولو قال [المدَّعي في جواب] المدَّعَىٰ عليه: حلّفني مرةً علىٰ أني ما حلَّفته، وأراد تحليفه، لم يُجبْ؛ لأنه يؤدّي إلىٰ ما لا يتناهىٰ.

ولو ادَّعىٰ مالاً علىٰ رجل، فأنكر، وحلف، ثم قال المدَّعي بعد أيام: حلفت يومئذ، لأنك كنتَ معسِراً لا يلزمكَ تسليم شيء إليَّ، وقد أيسَرْتَ الآن، فهل يسمعُ؛ لإمكانه، أم لا؛ لئَلَّا يتسلسلَ؟ وجهان.

قلت: الأصحُّ أنه يسمعُ إلَّا إذا تكرَّرَ. **واللهُ أعلمُ**.

فَرْعٌ: إنما يحلفُ المدَّعىٰ عليه إذا طلبَ المدَّعي يمينه، فإن لم يطلُبْ، ولم يقلعْ عن المخاصمة، لم يحلّفه القاضي، ولو حلفَ، لم يعتدَّ بتلك اليمين، وقال القَفَّالُ الشاشِيُّ[2]: لا يتوقّف التحليفُ علىٰ طلبهِ، والصحيحُ: الأول.

ولو امتنعَ من تحليفه بالدعوىٰ السابقة، جازَ؛ لأنه لم يسقط حقّه من اليمين، فإن قال: أبرأتُكَ عن اليمين، سقطَ حقُّهُ من اليمين في هٰذه الدعوىٰ، وله استئناف [١٢٩٤ / أ] الدعوىٰ وتحليفه.

✍ ✍ ✍

---

(١) في المطبوع: « لأنها ».

(٢) هو القَفَّال الشاشي الكبير، أبو بكر، محمد بن علي بن إسماعيل.



البابُ الرابعُ
فـي النُّـــــكولِ

إذا أنكرَ المدَّعىٰ عليه، واسْتُحْلِفَ، فنكلَ عن اليمين، لم يُقْضَ عليه بالنُّكول؛ بل تردُّ علىٰ المدَّعي، فإن حلف، قُضِي له، فإن لم يعرفِ المدَّعي تَحَوُّلَ اليمينِ إليه بنكول المدَّعىٰ عليه، عَرَّفَهُ القاضي، وبيَّنَ أنه إنْ حلفَ، استحقَّ، وإنما يَحْصُلُ النكولُ بأن يعرضَ القاضي اليمين عليه، فيمتنع، وفُسِّرَ العرضُ؛ بأَنْ يقول: قُلْ: والله! والامتناع بأَنْ يقول: لا أحلفُ، أو أنا ناكِل، قال الإمامُ: قوله: قُلْ: واللهِ! ليس أمراً جازماً، وإنما المرادُ بيان وقتِ اليمينِ المعتدّ[1] بها علىٰ المدَّعي.

ولو قال: أتحلفُ باللهِ؟ فقال[2]: لا، فليس بنكول.

ولو بَدَرَ حين سمعَ هٰذه الكلمة، وحلفَ، لم يعتدَّ بيمينه؛ لأنه استخبارٌ[3] لا استحلاف.

ولو قال له: احْلِفْ، فقال: لا أحلفُ، قال البغويُّ: ليس بنكول، وقال الإمام: نكولٌ، وهو أوضحُ، ولا فرقَ بين قوله: قل: باللهِ! وقولِهِ: احلفْ باللهِ.

ولو اسْتُحْلِفَ، فلم يحلفْ، ولا تلفَّظَ بأنه ناكِل، أو ممتنعٌ، فسكوتُهُ نُكولٌ، كما أَنَّ السكوتَ عن الجواب في الابتداء يجعلُ كالإنكار. ثم ذكر الإمام وغيرُهُ أنه إنْ صرَّح بالنكول، لم يشترطْ حكم القاضي بأنه ناكِل، وإن سكتَ، حكم القاضي بأنه

---

(١) في (ظ)، والمطبوع: « المعتمد »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٢٠٩).
(٢) في المطبوع: « وقال ».
(٣) في المطبوع: « استنجاز »، غلط.

ناكل ليرتّبَ عليه ردّ اليمين. وقولُ القاضي للمدَّعي: احلفْ، نازلٌ منزلةَ قوله: حكمتُ بأن المدَّعَىٰ عليه ناكل، وإنما يحكم بأنه ناكِل بالسكوت إذا لم يظهرْ كون السكوتِ؛ لدهشةٍ، وغَباوة، ونحوهما.

ويستحبُّ للقاضي أَنْ يعرضَ اليمينَ علىٰ المدَّعَىٰ عليه ثلاثَ مرات، والاستحبابُ فيما إذا سكتَ أكثر منه فيما إذا صرَّح بالنكول.

ولو تفرَّس فيه سلامةَ جانب، شرحَ له حكم النكول، وإنْ لم يشرَحْ، وحكمَ بأنه ناكل، وقال المدَّعَىٰ عليه: لم أعرفِ النكولَ، ففي نفوذ الحكم احتمالان للإمام.

أصحهما: النفوذُ. وكان مِنْ حقه أَنْ يسألَ ويعرفَ قبل أَنْ يَنْكُلَ.

ولو أراد المدَّعىٰ عليه بعد الامتناع أَنْ يعودَ، فيحلفَ، نُظِرَ:

إنْ كان ذٰلك بعد أَنْ حكمَ القاضي بأنه ناكِل، أو قال للمدَّعي: احْلِف، لم يكن له الحَلِفُ، وإنْ أقبلَ عليه ليحلفَهُ، ولم يَقُلْ بَعْدُ: احْلِف[1]، فهل هو كما لو قال: احْلِفْ؟ وجهانِ، وإنْ لم يَجْرِ شيء من ذٰلك، فله الحَلِفُ حتَّىٰ لو هربَ المدَّعىٰ عليه قبل أَنْ يحكمَ القاضي بأنه ناكِل، وقبلَ أَنْ يعرضَ اليمينَ علىٰ المدَّعي، لم يكن للمدَّعي أَنْ يحلفَ اليمين المردودة، وكان للمدَّعىٰ عليه أن يحلفَ إذا عاد، هٰكذا أطلق البغويُّ وغيره، ومقتضاهُ التسويةُ بين التصريحِ بالنكولِ، وبين السكوتِ حتَّىٰ لا يمتنعَ من العَوْد إلىٰ اليمين في الحالين إلاَّ بعد الحُكْمِ بالنكول، أو بعد عَرْضِ اليمين علىٰ المدَّعي، وفي التصريحِ احتمالٌ. وحيث منعناه العودَ إلىٰ الحلِفِ، فذٰلك إذا لم يَرْضَ به المُدَّعي؛ فإنْ رضيَ، فله العودُ إليه علىٰ الأصحِّ؛ لأن الحقَّ لا يعدوهما، فلو رضي بأَنْ يحلفَ المدَّعىٰ عليه والحالة هٰذه، فلم يحلفْ، لم يكن للمدَّعي أَنْ يعودَ إلىٰ يمينِ الردِّ؛ لأنه أبطلَ حقَّهُ برضاه بيمينِ المدَّعىٰ عليه.

فَرْعٌ: نقل الرُّوْيَانِيُّ أَنَّ قول [١٢٩٤ / ب] القاضي للمدَّعي: أتحلفُ أنت؟ كقوله: احْلِفْ، حتَّىٰ لا يتمكّن المدَّعىٰ عليه من الحلِفِ بعد ذٰلك، قال: وعندي فيه نَظَرٌ.

---

(١) في (ظ)، والمطبوع: « ولم يقبل بعد ما حلف »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٢١٠).

فَرْعٌ[1]: المدَّعي إذا رُدتِ اليمينُ عليه قد يحلفُ، وقد يمتنعُ؛ فإنْ حلفَ، استحقّ المُدَّعىٰ، وهل يمينُه بعد نكولِ المدَّعىٰ عليه كالبيِّنة، أم كإقرار المدَّعىٰ عليه ؟ فيه قولانِ.

أظهرُهما: الثاني، ويتفرَّع عليهما مسائلُ كثيرةٌ مذكورةٌ في مواضعها.

ومنها: أن المدَّعىٰ عليه لو أقام بينةً بالأداء، أو الإبراءِ بعد ما حلفَ المدَّعي، فإن قلنا: يمينُهُ كالبيِّنة، سُمعت بيِّنة المدَّعىٰ عليه، وإنْ قلنا: كالإقرارِ، فلا؛ لكونه مكذِّباً للبيِّنة بالإقرار، وهل يجبُ الحقُّ بفراغ المدَّعي من اليمينِ المردودةِ، أم لا بُدَّ مِنْ حكمِ الحاكم بالحقِّ ؟ وجهان، حكاهما الهَرَوِيُّ، الأرجحُ: الأولُ.

أمَّا إذا امتنعَ المدَّعي من الحلِفِ، فيسأله القاضي عن امتناعه، فإن لم يتعلَّلْ بشيء، أو قال: لا أريدُ الحَلِفَ، فهٰذا نكولٌ، يسقطُ حقّه من اليمين، وليس له مطالبةُ الخصم وملازمته، وهل يتمكّن من استئناف الدعوىٰ، وتحليفه في مجلسٍ آخر، فإنْ نَكَلَ، حلفَ المدَّعي، أم لا يتمكَّن من ذٰلك، ولا ينفعه بعدَه إلاَّ البَيِّنة ؟ وجهانِ، الذي ذكره العراقيون، والهَرَويُّ، والرُّوياني: الأول، وبالثاني قال الإمامُ، والغزاليُّ، والبغويُّ، وهو أحسنُ وأصحُّ؛ لئلاَّ تتكرَّرَ دعواه في القضية الواحدة.

وإنْ ذكر المدَّعي لامتناعه سبباً، فقال: أريدُ أَنْ آتي بالبيِّنةِ، أو أسألَ الفقهاء، أو أنظرَ في الحساب، تُرِكَ، ولم يبطُلْ حقّه من اليمين، وهل تقدّر مدة الإمهال بثلاثة أيام ؟ وجهانِ.

أصحُّهما: نَعَمْ، لِئَلاَّ تطولَ مدافعتُهُ.

والثاني: لا تقدير؛ لأن اليمينَ حقُّهُ، فله تأخيرُه إلىٰ أَنْ يشاءَ، كالبَيِّنة.

ولم يذكر الشافعيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ فيما إذا امتنع المدَّعىٰ عليه من اليمين أنه يسأل عن سبب امتناعه، فقال ابن القاصِّ: قياس ما ذكره في امتناع المدَّعي أَنْ يسأل المدَّعىٰ عليه عن سببِ امتناعِه أيضاً، وامتنعَ عامةُ الأصحابِ من هٰذا الإلحاق فارقين؛ بأن امتناعَ المُدَّعىٰ عليه أثبت للمدَّعي حقّ الحلف، والحكم بيمينه، فلا يؤخّر حقّه بالسؤال، وامتناع المدَّعي لا يثبتُ حقّاً لغيره، فلا يضرّ السؤال.

---

(١) في (أ)، والمطبوع: « فصل ».

ولو قال المدَّعىٰ عليه حين اسْتُحْلِفَ: أمهلوني؛ لأنظر في الحسابِ، أو أسألَ الفقهاءَ، فهل يمهل ثلاثةَ أيام، أم لا يمهلُ شيئاً إلاَّ برضَا المدَّعي ؟ وجهان.

أصحُّهما، وأشهرهما: الثاني؛ لأنه مقهور محمول علىٰ الإقرار، أو اليمين بخلاف المدَّعي؛ فإنه مختار في طلب حَقِّه وتأخيره.

ولو استمهلَ المدَّعىٰ عليه في ابتداء الجواب؛ لينظرَ في الحساب، ذَكَرَ[1] الهَرَوِيُّ أنه يمهلُ[2] إلىٰ آخِر المجلس إنْ شاءَ.

ولو علَّلَ المدَّعي امتناعه بعذر كما ذكرنا، ثم عادَ بعد مدة ليحلفَ، مكِّن منه، وإنْ لم يتذكّر القَاضي نكولَ خصمه، أثبته بالبيِّنة، وكذا لو أثبت عند قاضٍ آخَر نكول خصمه له أَنْ يحلفَ. وكذا لو نكلَ المدَّعىٰ عليه في جواب وكيل المدَّعي، ثم حَضَرَ الموكّل له أن يحلفَ، ولا يحتاج إلىٰ استئناف دعوىٰ.

ولو أقام المدَّعي شاهداً ليحلفَ معه، فلم يحلفْ، فهو كما لو ارتدَّتِ اليمينُ إليه، فلم يحلفْ، فإنْ عَلَّلَ امتناعَه بعذر، عاد الوجهان في أنه علىٰ خِيَرَته أبداً، أم لا يزادُ علىٰ ثلاثة أيام ؟ وإنْ لم يعلّلْ [١٢٩٥ / أ] بشيء، أو صرَّح بالنكول، فقد ذكر الغزاليُّ، والبغويُّ: أنه يبطل حقّه من الحَلِفِ، وليس له العَودُ إليه، واستمرّ العراقيون علىٰ ما ذكروه هناك.

قال الأصحابُ: لو امتنعَ من الحَلِفِ مع شاهده، واستحلفَ الخصم، انقلبت اليمينُ من جانبه إلىٰ جانبِ صاحبه، فليس له أَنْ يعودَ ويحلفَ إلاَّ إذا استأنَفَ الدعوىٰ في مجلسٍ آخَر، وأقامَ الشاهدَ، فله أَنْ يحلفَ معه، وعلىٰ الأول: لا ينفعُهُ إلاَّ بـيِّنة كاملة.

فَصْلٌ: ما ذكرنا[3] من أنه تردُّ اليمين علىٰ المدَّعي، ولا يُقضىٰ علىٰ المدَّعَىٰ عليه بالنكول هو الأصلُ المقرَّر في المذهب، لكن قد يتعذَّرُ رَدُّ اليمين، وحينئذ من الأصحاب مَنْ يقول بالقضاءِ بالنُّكول، وبيانُه بصُوَرٍ.

---

(١) في المطبوع: « وذكر ».
(٢) في (ظ)، والمطبوع: « ينظر ».
(٣) في المطبوع: « ذكرناه ».

إحداها: طولبَ صاحب المال بالزكاة، فقال: بادلتُ بالنصاب في أثناء الحول، أو دفعتُ الزكاة إلىٰ ساعٍ آخَرَ، أو غَلِطَ الخارصُ في الخَرْصِ، أو أصابَ الثمرَ جائحةٌ، واتهمه الساعي، فيحلفُ علىٰ ما يدَّعيه؛ إيجاباً أو استحباباً علىٰ الخلاف السابق في « كتاب الزكاة »، فإنْ نَكَلَ، لم يطالبْ بشيء، إنْ قلنا بالاستحباب، وإنْ قلنا بالإيجاب، فإنِ انحصرَ المستحقّون في البلد، وقلنا بامتناع النَّقلِ، رُدَّتِ اليمينُ عليهم، وإلاَّ فيتعذَّرُ الردُّ علىٰ الساعي والسلطان، وفيما يفعلُ أوجُهٌ.

أحدها: لا يطالبُ بشيء إذا لم تَقُمْ عليه حُجَّةٌ.

والثاني: يُحبسُ حتَّىٰ يُقِرَّ، فيؤخذ منه، أو يحلفَ، فيترك.

والثالث: إن كان صاحبُ المال علىٰ صورة المدَّعي؛ بأن قال: أديتُ في بلدٍ آخَرَ، أو إلىٰ ساعٍ آخَرَ، أخذَت منه الزكاةُ[1]، وإن كان علىٰ صورةِ المدَّعَىٰ عليه؛ بأن قال: ما تَمَّ حَوليَ، أو الذي في يدي لفلان المكاتَب، لم يؤخَذْ منه.

والرابعُ، وهو الأصح الأشهر: يؤخذُ منه الزكاةُ، وكيف سبيلُهُ؟ وجهانِ، قال ابْنُ القاصِّ: هو حكمٌ بالنكول، ورواه عن ابْنِ سُرَيْجٍ، وسببُهُ الضرورةُ، وقال الجمهورُ: ليس حكماً بالنكولِ، لـٰكن مُقتضىٰ ملكِ النِّصابِ، ومقتضىٰ الحولِ الوجوب، فإذا لم يثبُتْ دافعٌ، أخذنا الزكاةَ.

الثانيةُ: إذا مات ذِميٌّ في أثناء السنة، فهل عليه قِسْطُ ما مضىٰ، أم لا شيءَ عليه؟ قولانِ سبقا.

فلو غاب ذميٌّ، ثم عاد مُسلماً، فقال: أسلمتُ قبلَ تمام السنة، فليس عليَّ جِزيةٌ، أو ليس [عليَّ][2] تمامُها، وقال عامِلُ الجزية: بل أسلمتَ بعدَها، فعليكَ تمامُ الجزية، حلفَ الذي أسلم استحباباً في[3] وجه، وإيجاباً في[4] وجه.

فإن قلنا بالإيجابِ، فنَكَلَ، فهل يُقضىٰ عليه بالجزية، أم لا يطالَبُ بشيء، أم

(١) في (فتح العزيز: ١٣ / ٢١٦) زيادة: « إذا لم يحلف ».
(٢) كلمة: « عليَّ » ساقطة من (ظ)، والمطبوع.
(٣) في (ظ): « وفي ».
(٤) في (ظ): « وفي ».

يحبسُ؛ لُيقِرَّ، فيؤخذ منه، أو يحلفَ، فيترك؟ فيه أوجُهٌ. قال الإمامُ: وقيَّدَ ابْنُ القاصِّ بما إذا غاب، ثم عادَ مسلماً، وظاهر هـٰذا أنه لو كان عندنا، وصادفناه مُسلماً بعد السنة، وادَّعىٰ أنه أسلم قبلَ تمامها، وكتمَ إسلامه، لم يقبَلْ قولُهُ؛ لأن الظاهرَ أَنَّ مَنْ أسلمَ بدار الإسلام لا [1] يكتُمهُ.

الثالثةُ: وَلَدُ المرتزِقةِ[2]، إذا ادَّعىٰ البلوغَ بالاحتلامِ، وطلب إثباتَ اسمِهِ في الديوانِ، فوجهانِ.

أحدُهما: يصدّقه بلا يمين؛ لأنه إنْ كان كاذباً، فكيف نحلِّفه وهو صبيٌّ؟ وإنْ كان صادقاً، وجبَ تصديقُهُ.

وأصحُّهما: يحلفُ عند التهمة، فإنْ نَكَلَ، لم يثبتِ اسمه إلىٰ أَنْ يظهرَ بلوغه. ويقرب منه أَنَّ مَنْ شهد الوقعةَ مِنَ المراهقين إذا ادَّعىٰ الاحتلامَ، وطلب سَهْمَ [١٢٩٥ / ب] المقاتِلة، أعطي إنْ حلفَ، وإلاَّ فوجهان.

أحدُهما: يعطىٰ، ثم قيل: هو إعطاءٌ بلا يمين؛ لأن احتلامه لا يعرف إلاَّ منه، فصدِّق فيه، كما تصدَّق المرأة في الحَيض، ويقع الطلاق المعلَّق عليه، وقيل: لأنَّ شهودَ الوقعةِ يقتضي استحقاقهم السهم.

وأصحُّهما: لا يعطىٰ، قال ابْنُ القاصِّ: وهو قضاءٌ بالنُّكول، وقال غيرُهُ: إنما لم يُعْطَ؛ لأنَّ حُجَّته في الإعطاء اليمين، ولم توجد.

الرابعةُ: ماتَ مَنْ لا وارثَ له، فادَّعىٰ القاضي، أو مَنْصوبُهُ دَيناً له علىٰ رجلٍ وجدَه في تذكرته، فأنكرَ المدَّعىٰ عليه، ونَكَلَ، فهل يُقضىٰ عليه بالنكول، ويؤخذُ منه المال، أم يحبسُ حتَّىٰ يُقِرَّ، أو يحلفَ، أم يتركُ لـٰكن يأثمُ إنْ كان معانِداً؟ فيه ثلاثة أوجُهٍ، ويجري فيما لو ادَّعىٰ وصِيٌّ[3] ميتٍ علىٰ وارثه: أنه أوصىٰ بثلثه للفقراء، وأنكرَ الوارثُ، ونَكَلَ.

ولو ادعىٰ وليُّ صبيٍّ، أو مجنون دَيناً له علىٰ رجل، فأنكرَ، ونَكَلَ، ففي رَدِّ اليمين علىٰ الولي أوجُهٌ.

---

(١) في المطبوع: « لم ».
(٢) في (أ): « المرتزق ».
(٣) في المطبوع: « وليّ صبي » بدل: « وصيّ »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٢١٧).

أحدها[1]: تردّ؛ لأنه المستوفي.

والثاني: لا؛ لأن إثباتَ الحقِّ لغيرِ الحالف بعيدٌ.

والثالثُ: إنِ ادَّعىٰ ثبوته بسبب باشَره بنفسِه، رُدَّت، وإلاَّ، فلا. وأُجريَ الخلافُ فيما لو أقامَ شاهداً، هل يحلفُ معه؟ وفيما لو ادّعي علىٰ الولي دَين في ذمةِ الصبيّ، هل يحلفُ الولي إذا أنكر؟ والوصيُّ والقيِّمُ في ذٰلك كالوليِّ، ويجري في قَيِّمِ المسجدِ والوقفِ إذا ادّعىٰ للمسجد، أو للوقْف، وأنكر المدَّعىٰ عليه، ونَكَلَ.

وتحليفُ الوليِّ والصبيِّ سبقَ لهما ذكرٌ في آخر «كتاب الصَّدَاق».

ثم ميل الأكثرين إلىٰ ترجيح المنع من الأوجهِ الثلاثة، ولا بأسَ بوجهٍ التفصيلُ، وقد رجَّحه أبو الحسن العَبَّادِيُّ، وبه أجاب السَّرْخَسِيُّ في «الأمالي»، فإنْ مَنَعْنا رَدَّ اليمين إلىٰ الوليِّ والوصيِّ، انتظرْنا بلوغَ الصبي، وإفاقةَ المَجنون، وكتبَ القاضي المَحْضَرَ بنكولِ المدَّعىٰ عليه، وتصيرُ اليمينُ موقوفةً علىٰ البلوغ، والإفاقةِ، ويعودُ في قَيِّم المسجدِ والوقفِ الوجهانِ في أنه يُقضىٰ بالنكولِ، أم يحبسُ ليحلفَ، أو يُقِرَّ، والأصحُّ في مسألة من لا وارثَ له أَنْ لا يُقضىٰ بالنكول؛ بل يحبسُ، ليحلفَ، أو يُقرَّ، وإنَّما حَكَمنا فيما قبلها من الصُّوَر بالمال؛ لأنه سبقَ أصلٌ يقتضي الوجوبَ، ولم يظهَرْ دافِعٌ.

ولو ادَّعىٰ قَيِّمُ المحجور عليه، ونَكَلَ المدَّعىٰ عليه، حلفَ المحجورُ عليه؛ أنه يلزمُهُ تسليمُ هٰذا المال، ولٰكن لا يقول: إليَّ، وقيِّمه يقول في الدعوىٰ: يلزمكَ تسليمه إليَّ.

الخامسَةُ: للقاذفِ أَنْ يحلف المقذوفَ أنه لم يَزْنِ كما سبقَ، فإنْ نَكَلَ، فالصحيحُ الذي قطع به الجمهورُ؛ أنه يردّ اليمين علىٰ القاذف، فإنْ حلفَ، اندفعَ عنه حَدُّ القذفِ، وقيل: يسقطُ بنكوله حَدّ القذف ولا يردّ اليمين، حكاه الهَرَوِيُّ.

---

(١) في المطبوع: «أحدهما».



البابُ الخامِسُ
فــي البَيِّنَـةِ

أَمَّا صِفَةُ الشهود، فسبقَ بيانُها في الشهاداتِ، والمقصودُ هنا بيانُ حكمِ تعارُض البَـيِّنتين، وتعارضُهما قد يقع في الأملاكِ، وقد يَقَعُ في غيرِها، كالعقودِ، والموتِ، والوصيّة، ويشتمل البابُ علىٰ أربعةِ أطرافٍ.

الأول: في الأملاك :

فإذا تعارضَتا فيه، فإمَّا أَنْ يفقدَ أسباب الرُّجْحان، وإمَّا لا .

القسمُ الأولُ: أن يفقدَ، فإمَّا أن يكون المُدَّعَىٰ في يد [١٢٩٦ / أ] ثالث، وإمَّا في أيديهما، ولا يدخلُ في هٰذا القسم ما إذا كان في يدِ أحدِهما؛ لأن ذٰلك من أسبابِ الرُّجْحان.

الحالة الأولىٰ: إذا ادَّعىٰ اثنان عيناً في يدِ ثالثٍ، فلا يخفىٰ أن المدَّعىٰ عليه يحلفُ لكلِّ واحدٍ منهما يميناً إنِ ادَّعاها لنفسه، ولا بَـيِّنةَ لواحدٍ منهما، وأنه لو اختصَّ أحدُهما بِبَـيِّنة علىٰ ما يدَّعيه، قُضي له.

وإِنْ أقام كُلُّ واحدٍ بيِّنةً، تعارضَتا، وفيهما قولان.

أظهرُهما: يسقطانِ، فكأنه لا بيِّنةَ، فيصار إلىٰ التحليف.

والثاني: يستعملان، فينتزعُ العَين مِمَّنْ هي في يده.

ثمَّ في كيفيَّة الاستعمال ثلاثةُ أقوالٍ.

أحدُها: تقسمُ العين المدَّعاة بينهما[١] .

---

(١) أي تجعل بينهما نصفين (النجم الوهَّاج : ١٠ / ٤٣١).

والثاني: توقَفُ إلىٰ تبين الأمرِ، أو يصطلحا.

والثالث: يقرعُ، فيأخذها مَنْ خرجت قُرعته، وهل يحتاجُ معها إلىٰ يمين ؟ قولان.

أحدهما: لا، والقُرعة مرجّحة لبينته.

والثاني: نَعَمْ، والقرعةُ تجعل أحدهما أحقّ باليمين، فعلىٰ هـٰذا: يحلف مَنْ خرجت قرعته أَنَّ شهوده شهدوا بالحقِّ، ثم يُقضىٰ له. ثم قيل: القولان في الأصل فيما إذا لم تتكاذَبِ البَـيِّنتان صريحاً، فإنْ تكاذبتا، سَقَطَتَا قَطعاً، والأشهرُ طَرْدُهما في الحالين، وصريحُ التكاذب؛ أَنْ لا يمكنَ الجمع بتأويل؛ بأن شهدت إحداهما بقتلِهِ في وقت، والأخرىٰ بجناية في ذٰلك الوقت، فإن أمكنَ الجمعُ بتأويل، فليس تكاذُباً؛ بأن شهدت هـٰذه أنه مِلك زيد، وهـٰذه أنه مِلك عَمْرو؛ فإنه يحتملُ أَنَّ كلَّ واحدة علمت سبباً، كشراءٍ، ووصيَّةٍ، واستصحب حكمه، أو شهدت هـٰذه بأنه أوصىٰ به لزيد، وهـٰذه أنه أوصىٰ به لعَمْرٍو، فإنه يحتملُ الإيصاء مرتَين، وقيل: القولانِ إذا لم يمكنِ الجمعُ، فإنْ أمكنَ، قسمَ قطعاً، وقيل: إنْ لم يمكنْ سقطتا [قطعاً]، وإلاَّ استعملتا قطعاً، كما في الوصيَّة.

وقيل: يبقىٰ قولُ التوقيف.

وقيل: لا تجتمعُ الأقوالُ الثلاثة؛ بل موضِعُ القسمةِ إذا أمكنَ الجمع، والقُرعة إذا لم يمكن، والمذهبُ ما سبقَ.

فلو تنازعا في زوجيَّة امرأةٍ، وأَقامَ[1] كُلُّ واحدٍ بيِّنةً، وتعارضَتا، فقولُ السقوطِ بحاله، ولا مجالَ للقسمةِ، ولا للقُرعة علىٰ الأصحِّ، ويجيءُ الوقفُ علىٰ الصحيح لو أَقَرَّ صاحبُ اليدِ لأحدهما بعدما أقامَا البَـيِّنتين، إنْ قلنا بالسُّقوطِ، قُبِلَ إقرارُهُ، وحكمَ به، وإنْ قلنا بالاستعمالِ، فوجهانِ.

أحدُهما: يصيرُ المُقَرُّ له كصاحبِ يدٍ، فترجّح بيِّنته.

والثاني: لا؛ لأن يدَه بعد البيِّنة مستحقّة الإزالة، وإنْ أقرَّ قبلَ تمام البيِّنتين قُبِلَ إقرارُه قطعاً، وصار المُقَرُّ له صاحبَ يدٍ.

---

(١) في المطبوع: « أقام » بدون « الواو ».

الحالةُ الثانيةُ: أَنْ تكونَ العينُ في يدِهما، وادَّعاها كُلُّ واحد، فإِنْ أَقاما[١] بَـيِّنتين، فطريقانِ.

أحـدُهمـا، وبـه قـال الفُـوْرَانـيُّ، والغـزالـيُّ: يجـيءُ القـولانِ فـي السُّقـوط والاستعمالِ، فإنْ أسقَطْنا، بقيَ المالُ في أيديهما كما كان، وإنِ استعمَلْنا، فعلىٰ قولِ القسمة: يجعلُ بينهما، ولا يجيءُ الوقْفُ، وفي القرعة: وجهانِ.

والثاني، وبه قال ابْنُ الصبَّاغِ والبغويُّ: يجعلُ المال بينهما؛ لأن بَـيِّنة كُلِّ واحدٍ ترجَّحت في النصف الذي في يده، والحاصلُ للفتوىٰ من الطريقين بقاءُ المال في يدهما كما كان.

ولو شهدَتْ بَـيِّنة كُلِّ واحدٍ له بالنصف الذي في يدِ صاحبه، حكم القاضي لكلّ منهما بما في يدِ صاحبه، ويكون المالُ في يدِهما أيضاً، كما كان، لكنْ لا بجهة[٢] [١٢٩٦ / ب] السقوط، ولا بالترجيح باليد.

ثم قال الأئمةُ: مَنْ أقامَ البيِّنةَ أوَّلاً، وتعرَّضَ شهودُه للكُلِّ[٣]، لم يضرَّ، وإِنْ كان صاحب يدٍ في النصفِ الذي في يده، وقلنا: بيِّنةُ صاحبِ اليدِ لا تسمعُ ابتداءً، كما سيأتي الخلافُ فيه، إنْ شاءَ الله تعالىٰ؛ لأن[٤] هنا غير مُسْتَغْنٍ عن البَـيِّنة للنصفِ الذي يدَّعيه.

ثم إذا أقامَ الثاني البَـيِّنةَ علىٰ الكُلِّ، سُمعَتْ، وترجَّحت بيِّنتُهُ في النصفِ الذي في يده، فيحتاجُ الأولُ إلىٰ إعادةِ البَيِّنة للنصفِ الذي في يده.

وقال في « الوسيط »: لا يبعدُ أَنْ يتساهلَ في الإعادة، وإنْ كان لأحدِهما بَـيِّنة دونَ الآخَر، قُضي له بالكُلِّ، سواء شهد شهودُه بالكُلِّ، أم بالنصف الذي في يدِ صاحبه.

وإنْ لم يكن لواحدٍ منهما بَـيِّنة، فكلُّ واحد مُدَّعٍ في نصفٍ، ومُدَّعًى عليه في

---

(١) في المطبوع: « أقامتا ».
(٢) في (ظ)، والمطبوع: « لجهة ».
(٣) في (ظ): « للملك »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٢٢٤).
(٤) كذا في الأصول والمطبوع، ولعلَّ الوجه: « لأنه »، انظر (فتح العزيز: ١٣ / ٢٢٤).

نصفٍ، فيحلف كُلُّ واحدٍ علىٰ نفي ما يدَّعيه الآخَر، ولا يتعرَّض واحد منهما في يمينه، لإثباتِ ما في يده؛ بل يقتصرُ علىٰ أنه لاحَقَّ لصاحبه فيما في يده، نصّ عليه، وهو المذهبُ، وفيه[1] خلافٌ، سبقَ في باب التحالُف في البيع، فإنْ حَلفا، أو نَـكَلا، تركَ المال في يدهما كما كان، وإنْ حلفَ أحدُهما دون الآخَر، قُضِيَ للحالف بالكُلِّ.

ثم إنْ حلفَ الذي بدأ القاضي بتحليفه، ونَكَلَ الآخَرُ بعدَه، حلفَ الأول اليمين المردودة. وإنْ نكلَ الأول، ورغب الثاني في اليمين، فقد اجتمع عليه يمينُ النفي للنصفِ الذي ادَّعاه صاحبه، ويمينُ الإثبات للنصفِ الذي ادَّعاه هو، فهل يكفيه الآن يمين واحدةٌ[2] يجمع فيها النفيَ والإثباتَ، أم لا بُدَّ من يمينٍ للنفي، وأخرىٰ للإثبات ؟ وجهانِ.

أصحُّهما: الأولُ، فيحلف أَنَّ الجميع له، وَلا حَقَّ لصاحبه فيه، أو يقول: لا حَقَّ له في النصفِ الذي يدَّعيه، والنصفُ الآخَرُ لي.

فَرْعٌ: ادَّعىٰ نصفَ دارٍ، وادَّعَىٰ آخَرُ كُلَّها، وأقام كُلُّ واحدٍ بيِّنةً، والدارُ في يدِ ثالثٍ، تعارضتا في النصفِ، فإنْ قلنا بالسقوطِ، سقطتا في النصفِ الذي فيه التعارُضُ، وأما النصفُ الآخَرُ، ففيه طريقان.

قال ابْنُ سُرَيْجٍ، وأبو إسحاقَ، وغيرُهما: فيه قَوْلا تبعيضِ[3] الشهادة، فإنْ بَعَّضناها، سلّم ذٰلكَ النصف لمدّعي الكُلِّ، وإلاَّ بَطَلَتْ في ذٰلك النصفِ أيضاً، وصارَ كما لو لم تكُنْ بَـيِّنة.

والثاني، وبه قال الشيخ أبو حامد، وصحَّحه الشيخ أبو عليٍّ: يسلّم إليه النصف قطعاً.

وإنْ قلنا بالاستعمالِ، سلّم النصف لمدّعي الكُلِّ، ويقسمُ النصفُ الآخَر، إنْ قلنا بالقسمة، وإنْ قلنا بالقرعة، أو بالوقف، أقرعَ في النصفِ، أو وقفَ.

ولو تداعيا كذٰلك، والدارُ في يدهما، فالقولُ قولُ مدَّعي النصفِ في النصف

---

(١) في المطبوع: « ومنه ».
(٢) في المطبوع: « واحد ».
(٣) في (ظ): « تبعض ».

الذي في يده، فإنْ أقام مدَّعي الكُلِّ بيِّنةً، قُضِي له بالكُلِّ، وإِنْ أقامَ كُلُّ واحدٍ [بيِّنة] بما يدَّعيه، بقيتِ الدارُ في يدهما كما كانت.

ولو ادَّعىٰ أحدُهما الكُلَّ، والآخَرُ الثلثَ؛ فإنْ كانت(١) في يدِ ثالثٍ، فعلىٰ قول السقوط: تسقطانِ في الثلث. وهل تَبْطُلُ بيِّنةُ الكُلِّ في الثلثين؟ فيه الطريقانِ السابقانِ.

وعلىٰ الاستعمالِ: تجري الأقوالُ الثلاثةُ.

وإنْ كانت في يدهما، وأقامَ كُلُّ واحدٍ بيِّنةً بما يدَّعي، فلمدَّعي الثلُثِ، الثلُثُ، والباقي لمدَّعي الكُلِّ.

فَرْعٌ(٢): دارٌ في يد [١٢٩٧ / أ] رجلٍ، ادَّعىٰ زيدٌ نصفَها، فصدَّقه، وعَمْرٌو نصفَها، فكذَّبه صاحبُ اليدِ وزيدٌ معاً، ولم يدَّعه واحدٌ(٣) منهما لنفسه، فالنصفُ الذي يدَّعيه المكذَّب، هل يسلّم إليه، أم يوقَفُ في يد صاحبِ اليدِ، أم ينتزعُهُ، ويحفظُ إلىٰ ظُهورِ مالِكِهِ؟ فيه ثلاثةُ أوجه، حكاها الفُوْرَانِيُّ.

قلتُ: أقواها الثالثُ. **واللهُ أعلمُ**.

فَرْعٌ: ادَّعىٰ رجلٌ داراً، وآخَرُ ثُلُـثَيها، وآخَرُ نصفَها، ورابعٌ ثلثَها، وهي في يد خامسٍ، وأقامَ كُلُّ واحدٍ من الأربعة بيِّنةً بدعواه، فلا تعارُضَ في الثلُث الذي يختصّ مدَّعي الكُلِّ بدعواه، وفي الباقي يقعُ التعارُضُ، فالسدُسُ الزائد علىٰ النصف يتعارَض فيه بَـيِّنة مدَّعي الكُلِّ، ومُدِّعي الثلثين، وفي السدُس الزائد علىٰ الثلثِ يتعارضُ بينهما، وبين مدَّعي النصفِ. وفي الثلُث الباقي تتعارضُ بَـيِّناتُ الأربعة.

فإن قلنا بالسقوطِ، سقطتِ البيِّناتُ في الثلُثين، وأمَّا الثلُثُ، ففيه الطريقانِ في تبعيضِ الشهادة، والمذهبُ أنه يسلَّم لمدّعي الكُلّ.

وإن قلنا بالاستعمالِ؛ فإن قسمنا، فالسدُس الزائدُ علىٰ النصف بين مدَّعي الكُلِّ، ومُدَّعي الثلثين بالسويَّة، والسدُس الزائد علىٰ الثلث لهما، ولمدَّعي النصفِ

---

(١) في (ظ) والمطبوع: « كان ».
(٢) كلمة: « فرع » ساقطة من المطبوع.
(٣) في المطبوع: « أحد ».

أثلاثاً، والثلث الباقي بِلأربعة أرباعاً، فَـتُجعلُ ستةً وثلاثينَ سهماً؛ لحاجتنا إلىٰ عدد ينقسمُ سدُسُهُ علىٰ اثنين، وعلىٰ ثلاثةٍ، فنضرب اثنين في ستةٍ، ثم في ثلاثةٍ، فلمدَّعي الكُلِّ ثلثها، وهو اثنا عَشَرَ، ونصف السدُس الزائد علىٰ النصف وهو[1] ثلاثة، وثلثُ السدُس الزائدِ علىٰ الثُلث، وهو اثنانِ، وربُعُ الثلُث الباقي، وهو ثلاثةٌ، فالجُملة عشرون، وهي خمسةُ أتساعِ الدارِ.

ولمدَّعي الثلُثين ثلاثة من السدُس الزائدِ علىٰ النصف[2]، وسهمان من السدُس الزائدِ علىٰ الثلُث، وثلاثة من الثلُث الباقي، فالجملة ثمانيةٌ، هي تُسُعا الدار.

ولمدّعي النصفِ سهمانِ من السدُس الزائدِ علىٰ الثلُث، وثلاثة من الثلُث الباقي.

ولمدّعي الثلُث ثلاثة من الثلُث الباقي.

وإنْ قلنا بالقُرْعَةِ، أقرعَ ثلاث مراتٍ، مرةً في السدُس الزائد علىٰ النصف بين مدَّعي الكُلِّ [ومدَّعي الثلثين].

وأخرىٰ في السدُس الزائدِ علىٰ الثلُثِ بينهما، وبين مدَّعي النصْف[3].

وأُخْرىٰ[4] في الثلُث بين الأربعة.

وإنْ قلنا بالوقْفِ توقَّفنا.

وإن كانت الدارُ في يدِ المتداعيين الأربعة، وأقامَ كُلُّ واحدٍ بَـيِّنَةً، جعلَتْ بينهم أرباعاً؛ لأن بَـيِّنَةَ كُلِّ واحدٍ ترجّحُ في الربُعِ الذي في يدِهِ باليدِ[5].

وإنْ لم يكن بَـيِّنَةٌ، فالقولُ قولُ كُلِّ واحدٍ في الربُعِ الذي في يدِهِ، فإذا حلفوا كانَتْ بينهم أَرباعاً أيضاً.

---

(١) في المطبوع: « هو » بدون « الواو ».
(٢) في المطبوع زيادة: « وسهمان من السدُس الزائد علىٰ النصف »، وهي ليست في (فتح العزيز: ١٣ / ٢٢٨).
(٣) في المطبوع: « الكُلّ » بدل: « النصف »، وفيه زيادة: « ومدَّعي الثلثين، وأجرىٰ (هـٰكذا) في السدس الزائد علىٰ الثلث بينهما وبين مدعي النصف ».
(٤) في المطبوع: « وأجري »، تصحيف.
(٥) في المطبوع: « اليد »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٢٢٨).

فَرْعٌ: دارٌ في يدِ ثلاثةٍ، ادَّعىٰ أحدُهم نصفَها، وآخَرُ ثلثَها، وثالثٌ سدُسَها، ولا بَـيِّنَةَ، جُعلَتْ بينهم أثلاثاً، نصَّ عليه في « المختصر »، واعترضَ عليه؛ بأن مدَّعي السدُس لا يدَّعي غيرَه، فكيف يُعطىٰ الثلُث ؟! فأَجاب الأصحابُ؛ بأن صورة النصِّ فيما إذا ادّعىٰ كُلُّ واحد منهم استحقاق اليدِ في جميعها إلَّا أَنَّ الأولَ يقول: النصفُ مِلْكي، والنصفُ الآخَرُ لفلانٍ الغائبِ، وهو في يدي عاريَّة، أو وديعة، والآخرانِ يقولانِ نحوَ ذٰلك، فكلُّ واحدٍ منهم صاحبُ اليدِ في الثلُث، وتبقىٰ الدارُ [١٢٩٧ / ب] في أيديهم كما كانت، ثم يُجعلُ[1] نصفُ[2] الثلُث الذي في يد مُدَّعي السدُس لذٰلك الغائب بحُكم الإقرار.

فأمَّا إذا اقتصرَ كُلُّ واحدٍ منهم علىٰ أَنَّ ليَ منها كذا، فلا يُعطىٰ لمدَّعي السدُس إلَّا السدُس، ولا يتحقَّق بينهم والحالة هٰذه نزاع.

ولو أقامَ كُلُّ واحدٍ منهم بَـيِّنَةً علىٰ ما يدَّعيه لنفسه، حكمَ لِمدَّعي[3] الثلث بالثلُث؛ لأن له فيه بَـيِّنةً ويَداً، ولمدَّعِي السدُس بالسدُس لمثل ذٰلك، وفيما يحكمُ به لمدَّعي النصفِ وجهان.

أحدُهما: بالنصفِ؛ لأن له في الثلُث يداً وبيِّنةً، وفي السدُس الباقي بَـيِّنة، والآخرانِ لا يدَّعيانه.

والثاني: بالثلُث ونصف السدُس، والأولُ: أصحُّ، وبه أجابَ ابْنُ كَجٍّ، والقَفَّالُ.

ثم مدَّعي الثلُث، ومدَّعي السدُس لا يحتاجان إلىٰ إقامة البينةِ في الابتداء، ولٰكن مُدَّعي النصف يحتاجُ إلىٰ إقامتها للسدُس الزائدِ علىٰ ما في يده، ويتصوَّرُ إقامةُ البيِّنة مِنْ جهتهم فيما إذا أقام مُدَّعي النصف، ثم أقام الآخرانِ علىٰ نحو ما ذكرنا في الفرعِ الأول، ويجوزُ أَنْ يفرضَ من مدَّعي السدُس إقامة البَـيِّنة علىٰ أن السدُسَ للغائب مع إقامةِ البَـيِّنة علىٰ أَنَّ السدُس له؛ بناءً علىٰ أَنَّ المدَّعىٰ عليه إذا أَقَرَّ بما في يده للغائب يجوزُ له إقامةُ البيِّنة علىٰ أنه للغائب، وقد سبقَ بيانُهُ.

---

(١) في (ظ)، والمطبوع: « ثم جعل ».

(٢) في (فتح العزيز: ١٣ / ٢٢٩): « بعض » بدل: « نصف ».

(٣) في المطبوع: « المدَّعي ».

فَرْعٌ: دارٌ في يدِ ثلاثةٍ، ادَّعىٰ أحدُهم كُلَّها، وآخَرُ نصفَها، والثالثُ ثلثَها، وأقام كُلٌّ[١] واحدٍ مِنَ الأولينَ بيِّنةً بما ادَّعاه دون الثالث، فلمدَّعي الكُلِّ الثلثُ بالبَـيِّنة وباليدِ، ولمدَّعي النصفِ كذٰلك، ثم لمدَّعي الكُلِّ أيضاً نصفُ ما في يد الثالث بِبَـيِّنته السليمةِ عن المعارِض، وفي النصف الآخَر تتعارَضُ بيِّنتُهُ وبَـيِّنةُ مدَّعي النصفِ؛ فإن قلنا بالسقوطِ، فالقولُ قولُ الثالث في هـٰذا السدُس، وفي بطلان البَـيِّنتين فيما سوىٰ هـٰذا السدُس الطريقانِ السابقانِ في تبعيض الشهادة.

وإنْ قلنا بالاستعمالِ، لم يَخْفَ الإقراعُ والتوقُّفُ.

وإن قلنا بالقسم، قسمَ بينهما هـٰذا السدُس بالسويَّة، فيصيرُ لمدَّعي الكُلِّ نِصْفٌ[٢] ونصفُ سدُس، ولمدَّعي النصفِ الباقي، هـٰكذا أورد المسألة الشيخ أبو عليٍّ، وغيرُهُ.

القِسْمُ الثَّاني: أَنْ تتعارَض البَـيِّنتان، وهناك ما يُرَجِّحُ أحدَهما، فيعملُ بالراجِحة. وللرُّجْحان أسباب.

أحدها: أن تختصّ إحداهُما بزيادةِ قُوةٍ، وفيه صُورٌ: إحداها: لو أقامَ أحدُهما شاهدَين، والآخَرُ شاهداً، وحلفَ معه، فقولانِ.

أحدُهما: يتعادلانِ.

وأظهرُهما: يُرَجّحُ الشاهدان؛ لأنها حجَّةٌ بالإجماع، وأبعدُ عن تهمته بالكذِبِ في يمينه، فعلىٰ هـٰذا: لو كان مع صاحبِ الشاهِدِ واليمين يَدٌ، فهل يرجَّحُ صاحبُ اليد، أم صاحبُ الشاهدَين، أم يتعادلانِ؟ أوجُهٌ.

أصحُّها: الأولُ، وحكىٰ البغويُّ الأَولين قولَين.

الثانيةُ: لو زادَ عددُ الشهودِ في أحدِ الجانبين، أو زاد وَرَعُهم، فالمذهبُ: أنه لا ترجيحَ، وقيل: قولانِ، وفي الروايةِ يثبُتُ الترجيحُ بذٰلك، وقيل: هي كالشهادةِ، والمذهبُ: الفَرْقُ؛ لأن للشهادة نِصاباً فيتبع، ولا ضبطَ للرواية، فيعمل بأَرجحِ الظنَّين.

---

(١) كلمة: « كل » ساقطة من المطبوع.

(٢) في المطبوع: « النصف ».

الثالثةُ: أقامَ أحدُهما رجلاً وامرأتَين، والآخرُ رجلَين، فلا يرجَّحُ الرجلان[(١)] علىٰ المذهب، وقيل قولان.

السببُ الثاني: اليَدُ، فإذا ادَّعىٰ عَيناً [١٢٩٨ / أ] في يَدِ غيرِه، وأقامَ بَـيِّنَة أنها مِلْكُهُ، وأقامَ مَنْ هي في يده بيِّنةً أنها مِلْكُهُ، رُجِّحَتْ بيِّنةُ مَنْ هي في يدِهِ علىٰ بيِّنةِ الخارجِ[(٢)]، وهل يشترطُ في سَمَاع بيِّنةِ الداخلِ[(٣)] أَنْ يبينَ سبب الملك من شراءٍ، أو إرثٍ، وغيرِهما ؟ وجهان.

أحدُهما: نَعَمْ، لأنهما ربَّما اعتمدا ظاهر اليد.

وأصحُّهما: لا، كبيِّنة الخارجِ، فإنها تُسْمَعُ مُطلقةً مع احتمالِ أنهم اعتمدوا يداً سابقةً، ولا فَرْقَ في ترجيح بَـيِّنةِ الداخِل بين أَنْ يبينَ الداخل والخارج سببَ المِلْكِ، أو يُطلقا، ولا بينَ إسنادِ البَـيِّنتين، وإطلاقِهما، إذا سَمِعْنا بَـيِّنَة الداخِل مُطلقةً.

ولو تَعَرَّضْنا للسبب، فلا فرقَ بين أَنْ يتفقَ السببانِ، أو يختلفا، ولا بينَ أَنْ يسندَ المِلْك إلىٰ شخص؛ بأَنْ يقولَ كُلُّ واحد: اشتريتُه مِنْ زيد، أو يسندَ إلىٰ شخصَينِ.

وفيما إذا أسندَ إلىٰ شخصٍ وجه[(٤)]: أنهما يتساويان؛ لأنهما اتفقا علىٰ أَنَّ اليدَ كانت لثالِثٍ، وكُلُّ واحدٍ يدَّعي الانتقالَ منه.

فَرْعٌ: مَتَىٰ تُسمعُ بَـيِّنةُ الداخِل ؟ لها أربعةُ أحوالٍ.

أحدُها: أَنْ يُقيمها قبل أَنْ يُدَّعَىٰ عليه شيء، فالصحيحُ أنها لا تسمعُ؛ لأن البَـيِّنَةَ إنما تقام علىٰ خصم، وقيل: تسمعُ لغَرَض التسجيلِ.

الثاني: يُقيمها بعد الدعوىٰ عليه، وقبلَ أَنْ يقيمَ المدَّعي بيِّنة، فالأصحُّ أنها لا تسمعُ أيضاً؛ لأنَّ الأصلَ في جانبه اليمينُ، فلا يعدلُ عنها ما دامت كافيةً.

---

(١) في (ظ): « فلا ترجيح للرجلان ».

(٢) الخارج في اصطلاح الفقهاء: مَنْ لا يَد له، يسمَّىٰ الخارج بالإضافة إلىٰ الداخل. انظر: (نهاية المطلب: ١٩ / ٩١).

(٣) الداخل في اصطلاح الفقهاء: هو صاحِبُ اليد. انظر: (نهاية المطلب: ١٩ / ٩١)، و(النجم الوهاج: ١٠ / ٤٣٣).

(٤) في المطبوع: « واحد » بدل: « وجه ».

وقال ابْنُ سُريجٍ : تسمعُ [بيِّنته] لدفع اليمين، كالمودعِ تسمعُ بيِّنَتُهُ علىٰ الردِّ والتلفِ، وإنْ كَفَتْهُ اليمينُ.

الثالث: يُقيمها بَعد أَنْ أقامَ الخارج البيِّنةَ، لٰكن قبلَ أَنْ يعدلَها، فوجهان.

أحدهما: لا تسمعُ؛ لأنه مُستغنٍ عنها بعدُ.

وأصحُّهما: تسمعُ، ويحكمُ بها؛ لأن يدَه بعد البيِّنةِ معرَّضةٌ للزوال، فيحتاجُ إلىٰ تأكيدها.

الرابع: يُقيمها بعدَ بيِّنة المدَّعي وتعديلِها، فقد أقامها في أوانِ إقامتها، فإن لم يُقِمْها حتَّىٰ قضىٰ القاضي للمدَّعي، وسلّم المال إليه، نُظِرَ: إنْ لم يسند الملك إلىٰ ما قبل إزالةِ اليدِ، فهو الآن مُدَّع خارج، وإنْ أسندَهُ، واعتذَرَ بغَيبة الشهود ونحوها، فهل تُسمعُ بيِّنتهُ، وهل تقدّم باليد المزالة بالقضاء ؟ وجهانِ.

أصحُّهما: نَعَمْ، وينقضُ القضاء الأول؛ لأنها إنما أُزيلت؛ لعدَم الحجَّة، وقد ظهرت الحجَّةُ، فلو أقام البيِّنةَ بعد الحكم للمدَّعي، وقبلَ التسليم إليه، سُمعت بيِّنَتُهُ، وقدّمت علىٰ الصحيح؛ لبقاءِ اليد حِسّاً.

فَرْعٌ: هل يشترطُ أَنْ يحلفَ الداخِل مع بَـيِّنته، ليُقضىٰ له ؟ وجهانِ، أو قولان.

أصحُّهما: لا، كما لا يحلفُ الخارج مع بَـيِّنته، وبَنَوا الخلاف علىٰ خلافٍ في أَنَّ القضاءَ للداخِل باليد، أم بالبيِّنة المرجّحة باليد ؟ إنْ قلنا باليدِ، حلفَ، وإلاَّ، فلا.

فَرْعٌ: إذا أطلقَ الخارجُ دعوىٰ المِلْكِ، وأقامَ بَـيِّنةً، وقال الداخل: هو[1] ملكي اشتريتُه منكَ، وأقام به بَـيِّنةً، فالداخِل أَوْلىٰ؛ لأن مع بَـيِّنته زيادةُ عِلْمٍ، وهو الانتقالُ، ولأنه عند الإطلاق مقدّم، فهنا أَوْلىٰ.

ولو قال الخارج: هو مِلكي ورثْتُه من أبي، وقال الداخِل: مِلكي، اشتريتُهُ من أبيكَ، فكذٰلك الحكمُ.

ولو انعكستِ الصورةُ، فقال الخارج: هو مِلْكي، اشتريتُهُ منكَ، وأقامَ بيِّنةً، وأقام الداخِل بيِّنة أنه مِلْكُهُ، فالخارج أَوْلىٰ؛ لزيادة علم بَـيِّنته.

---

(١) في (ظ، أ): « هي ».

ولو قال كُلُّ واحدٍ لصاحبه: اشتريتُهُ منكَ، وأقام به بيِّنةً، وخَفي التاريخُ، فالداخِلِ أَوْلىٰ. ثم في الصورة [١٢٩٨ / ب] الأُولىٰ، وهي أَنْ يطلقَ الخارِجُ، ويقول الداخل: اشتريتُه منك، لا تُزالُ يدُ الداخل قبلَ إقامته البَـيِّنة.

وقال القاضي حُسَين: تُزالُ، ويؤمَرُ بالتسليم إلىٰ المدَّعي؛ لاعترافه بأنه كان له، ثم يثبتُ ما يدَّعيه من الشراء، والصحيحُ: الأولُ؛ لأن البيِّنةَ إذا كانت حاضرةً، فالتأخيرُ إلىٰ إقامتها سهل، فلا معنىٰ للانتزاع والردِّ، فلو زعمَ أَنَّ بيِّنتَهُ غائبةٌ، لم يتوقَّفْ؛ بل يؤمرُ في الحال بالتسليم، ثم إنْ أثبتَ ما يدَّعيه، استردَّ.

ويجري الخلافُ فيما لو ادّعىٰ دَيناً، فقال المُدَّعَىٰ عليه: أبرأني، وأرادَ إقامةَ البيِّنة، لا يكلَّف توفيةَ الدَّين علىٰ قول الأكثرين، وعلىٰ قول القاضي: يكلَّف، ثم إنْ أثبتَ ما يقولُ، استردَّ.

فَصْلٌ: مَنْ أَقَرَّ بعَينٍ لرجلٍ، ثم ادَّعاها، لا تسمعُ دعواه، إلَّا أَنْ يَذْكُرَ[1] تَلَقِّي المِلك منه، ولو أَخذت منه بِبَـيِّنة، ثم ادَّعاها، هل يحتاجُ إلىٰ ذكر التلقّي ؟ وجهانِ.

أحدُهما: نَعَمْ؛ لأنه صار مؤاخذاً بالبَـيِّنة، كما لو أَقَرَّ.

وأصحُّهما: لا، كالأجنبيِّ، ولا خلاف أنه لو ادعىٰ عليه أجنبي وأطلقَ، سُمعت.

فُرُوعٌ أكثُرها عن ابْنِ سُرَيجٍ، رَحِمَهُ اللهُ: أقامَ الخارِج بيِّنةً أَنَّ هٰذه العَين مِلكي، غَصَبها مِني الداخِل، أو قال: أجرْتُها له، أو أودعتها[2] عنده، وأقام الداخِل بينة أنها مِلْكُه، فهل يقدّم الخارج، أم الداخِل ؟ وجهان.

الأصحُّ: الخارِج، وبه قال ابْنُ سُرَيْج، وصحَّحه العراقيون، وبه أجاب الهَرَويُّ، وخالفهم البغويُّ، فصحَّحَ تقديمَ الداخِل.

فلو لم تكن بَـيِّنة، ونَـكَلَ الداخِل عن اليمين، فحلفَ الخارج، وحكمَ له، ثم جاء الداخلُ بِبَـيِّنة، سُمعت علىٰ الصحيح، كما لو أقامها بعدَ بَـيِّنة الخارج، وقيل: لا تسمعُ؛ بناءً علىٰ أنَّ اليَمين المردودةَ كالإقرارِ.

---

(١) في المطبوع: « تذكر ».
(٢) في (ظ)، والمطبوع: « أودعها ».

ولو تنازعا شاةً مذبوحةً في يدِ أحدِهما رأسُها وجِلْدُها وسَوَاقطها، وفي يَدِ الآخَر باقيها، وأقامَ كُلُّ واحدٍ بيِّنةً أنَّ الشاة له، قُضي لكل واحدٍ بما في يده.

ولو كان في يد كُلِّ واحدٍ شاةٌ، فادَّعىٰ كُلُّ واحدٍ أَنَّ الشاتين له، وأقاما بيِّنتَين، تعارضَتا، فلكلِّ واحدٍ التي في يده؛ لاعتضاد بَـيِّنته باليد.

وإِنْ أقام كُلُّ واحدٍ بيِّنةً أن التي في يَدِ الآخر مِلكه، قُضِي لكلِّ واحد بما في يد الآخَر.

السبَبُ الثالِثُ: اشتمالُ أحدِهما علىٰ زيادةِ تاريخٍ، فإذا أُرِّختا، نُظِرَ:

إِنِ اتفقَ تاريخهُما، فلا ترجيحَ، وإِنِ اختلفَ؛ بأن شهدَتْ بَـيِّنةُ زيدٍ أنه مِلكه منذ سنةٍ، وبَـيِّنةُ عَمْرٍو أنه مِلكه منذ سنتَين، فهل تتعارضانِ، أم يقدّم أسبقهما تاريخاً ؟ طريقانِ.

المذهبُ: التقديمُ.

ويطردُ الخلاف في بَـيِّنتَي شخصَين تنازعا نكاحَ امرأةٍ إذا اختلف تاريخُهما، وفيما إذا تَعَرَّضتا[1] مع اختلاف التاريخ لسببِ المِلْك؛ بأَنْ أقامَ أحدُهما بَـيِّنةً أنه اشتراه من زيدٍ منذُ سنة، والآخَرُ أنه اشتراه من عَمْرٍو منذ سنتَين، فلو نَسَبا العقدَين إلىٰ شخصٍ واحد، فأقام هـٰذا بيِّنةً أنه اشتراه من زيد منذ سنة، وذاكَ بيِّنةً أنه اشتراه من زيد منذ سنتَين، فالسابِق أَوْلىٰ بلا خلاف.

وطَرَدُوا الخلاف أيضاً فيما إذا تنازعا أرضاً مزروعةً، فأقام أحدُهما بيّنة أنها أرضُهُ زرعها، والآخَرُ أنها مِلْكُه مُطلقاً؛ لأنَّ بيِّنةَ الزرع تثبتُ المِلْكَ من وقتِ الزراعة. هـٰكذا ذكره البغويُّ[2]، وفيه تصريح [١٢٩٩ / أ] بأنَّ سبقَ التاريخِ لا يشترطُ أَنْ يكونَ بزمان معلوم حتَّىٰ لو قامت بيِّنةٌ أنه ملكه منذ سنة، وبيِّنة الآخر أنه ملكه من أكثرَ مِنْ سنة كان فيه الخلاف؛ فإنْ رَجَّحنا بسبق التاريخ، حكمنا بها لصاحبِ السبقِ، وله الأجرةُ والزياداتُ الحادثة من يومئذ، وإن لم نرجِّحْ به، ففيه الخلاف السابقُ في أصلِ التعارُض.

---

(١) في المطبوع: « تعارضتا »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٢٤١).

(٢) انظر: (التهذيب: ٨ / ٣٢٥).

وإنْ [كانت][1] إحداهما[2] مؤرَّخةً، والأخرىٰ مُطْلَقة، فالمذهبُ أنهما سواء فتتعارضان.

وقيل: تقدّم المؤرَّخة.

ولو تنازعا دابَّةً، فأقام أحدُهما بَـيِّنةً أنها مِلْكُه، والآخَرُ بَـيِّنةً أنها مِلْكُه، وهو الذي نَـتَجَها[3]، قال الأكثرونَ: هو علىٰ الخلاف في سبقِ التاريخ، وطَردوه في كل بَـيِّنتين أطلقَتْ إحداهُما الملكَ، ونَصَّتِ الأخرىٰ علىٰ سببه من إرثٍ، وشراءٍ، وغيرِهِ، وقيل: تقدم بيِّنة النتاج قطعاً؛ لأنها تثبت ابتداء الملك له، والتي سبقَ تاريخُها لا تثبتُ ابتداءَ ملكه.

وهٰذا التوجيهُ يقتضي اطرادَ الطريقين فيما لو تنازعا ثمرةً أَوْ حنطةً[4]، فشهدَتْ إحداهُما؛ بأنها حدثَتْ من شجرته، أو بذره[5]، ولا يقتضي جريانُ القطع فيما لو تعرَّضَت إحداهما للشراء، وسائرِ الأسباب؛ لأنها لا توجبُ ابتداءَ مِلْكِه.

ثم المسألةُ من أصلها مفروضةٌ فيما إذا كان المُدَّعىٰ في يدِ ثالثٍ، فلو كان في يدِ أحدِهما، وقامت بَـيِّنتانِ مختلفتا التاريخِ، فإنْ كانت بيِّنةُ الداخلِ[6] أسبقَ تاريخاً، قدّمت قطعاً، وإنْ كانت بيِّنةُ الخارج أسبقَ، فإنْ لم نجعلْ سبق التاريخ مرجِّحاً، قدّم الداخل، وإنْ جعلناه مرجِّحاً، فهل يقدّم الداخل، أم الخارج، أم يتساويان ؟ أوجهٌ.

أصحُّها: الأولُ.

فَصْلٌ: ادَّعىٰ داراً، أو عَبداً، أو نحوَه في يد رجل، فشهدَتْ له بَـيِّنةٌ بالمِلْكِ في الشهر الماضي، أو بالأمس، ولم يتعرَّض للحالِ، نقل المزنيُّ، والرَّبيعُ[7]: أنها

---

(١) كلمة: « كانت » ليست في (ظ).
(٢) في المطبوع: « إحداها ».
(٣) وَلَّدَ الرجلُ إبلَه توليداً، كما يقال: نَـتَجَها نَـتْجاً (تهذيب الأسماء واللغات: ٣ / ٦٩٢).
(٤) في (ظ)، والمطبوع: « وحنطة ».
(٥) في المطبوع: « أو بذرته ».
(٦) الداخل والخارج: سلف تفسيرهما ص: (٥٢١).
(٧) الربيع: هو الربيع بن سليمان المراديُّ. قال المصنف في (تهذيب الأسماء واللغات: ١ / ٤٥٧): « واعلم أنَّ الربيعَ حيث أطلق في كتب المذهب، المرادُ به: المراديّ، وإذا أرادوا الجيزيَّ: قيَّدوه بالجيزيِّ ».

لا تُسمعُ، ولا يحكمُ بها، ونقل البُوَيْطِيُّ أنها تُسمعُ، ويحكمُ بها، وقال الجمهورُ: هما قولانِ.

أظهرهما: المنعُ.

والطريق الثاني: القطعُ بالمنع.

ويجري الخلافُ فيما لو ادَّعىٰ اليدَ، وشهدوا أنه كان في يده أمسِ، فإذا قلنا بالمنعِ، فينبغي للشاهد أَنْ يشهدَ علىٰ المِلك في الحال، أو[1] يقول: كان مِلْكه ولم يَزُلْ، أو: لا أعلمُ له مُزيلاً. ولا يجوزُ أَنْ يشهدَ بالمِلْك في الحالِ استصحاباً لحكم ما عَرَفَهُ مِنْ قبلُ، كشراءٍ، وإرثٍ، وغيرِهما، وإنِ احتملَ زواله، فلو صرَّحَ في شهادته أنه يعتمد الاستصحابَ، فوجهانِ.

قال الغزاليُّ: قال الأصحابُ: لا يقبلُ، كما لا تقبلُ شهادةُ الرَّضاع علىٰ امتصاصِ الثدي، وحركةِ الحُلقوم.

وقال القاضي حُسَين: تقبلُ؛ لأنا نعلم أنه لا مستندَ له سواه.

ولو قال: لا أدري أزالَ مِلكهُ، أم لا؟ لم يقبَلْ قطعاً؛ لأنها صيغةُ مرتابٍ بعيدة عن أداء الشهادةِ.

ولو شهدت بيِّنةٌ بأنه أَقَرَّ أمسِ للمدَّعي بالمِلك، قُبلت الشهادةُ، واستديم حكم الإقرارِ، وإنْ لم يصرّحِ الشاهدُ بالملكِ في الحال.

وقيل بطرد القولَين، والمذهبُ: الأولُ؛ لئلاَّ تبطلَ فائدةُ الأقارير.

ولو قال المدَّعىٰ عليه: كان مِلْكُكَ أمسِ، فوجهانِ.

أحدُهما: لا يؤاخذُ به، كما لو قامَتْ بيِّنةٌ بأنه كان مِلْكه أمسِ.

وأصحُّهما، وبه قطع ابْنُ الصبَّاغ: يؤاخذُ، فينتزعُ منه، كما لو شهدتِ البيِّنةُ أنه أَقَرَّ أمسِ. [١٢٩٩ / ب] والفرقُ أَنَّ الإقرارَ لا يكون إلاَّ عن تحقيقٍ، والشاهِدُ قد يتساهلُ ويخمنُ، فلو أسندَ الشهادة إلىٰ تحقيق؛ بأن قال الشاهد: هو مِلْكُهُ بالأمسِ، اشتراهُ من المدَّعىٰ عليه بالأمسِ، أو أَقَرَّ له به المدَّعَىٰ عليه بالأمسِ، قُبلتِ الشهادةُ.

---

(١) في (ظ): «أَن».

ولو قال: كانَ في يدكَ أمسِ، فهل يؤاخذُ بإقراره؟ وجهانِ، حكاهما ابْنُ الصبَّاغِ.

قلتُ: الأصحُّ المنعُ. **واللهُ أعلمُ.**

فإذا عرفت ما يحتاجُ إليه الشاهد إلىٰ التعرُّض له علىٰ قولنا: لا تسمعُ الشهادة علىٰ الملكِ السابق، فكذٰلك إذا قلنا: الشهادةُ علىٰ اليد السابقة لا تُسمعُ، فينبغي أَنْ يتعرّضَ الشاهد لزيادة، فيقول: كان في يَدِ المدَّعي، وأخذه المدَّعىٰ عليه منه، أو غَصَبَهُ، أو قَهَرَهُ عليه، أو بعثَ العبد في شُغل، فَأَبَقَ منه، فاعترضَه هٰذا، وأخذَهُ، فحينئذ تُقبلُ الشهادة، ويُقضىٰ بها للمدَّعي، ويجعلُ صاحب يدٍ.

فَرْعٌ: ذكرنا[1] أَنَّ الشهودَ لو قالوا: ولا نعلمُ زوالَ مِلْكِهِ، قُبِلتْ شهادتُهم، ثم نقلَ ابْنُ المُنْذِرِ أَنَّ الشافعيَّ رَحِمَهُ اللهُ قال: يحلفُ المدَّعي مع البَـيِّنة، فإن ذكروا مع ذٰلك أنه غاصِب، فلا حاجةَ إلىٰ اليمين، قال الهَرَوِيُّ: هٰذا غريب.

فَرْعٌ: دارٌ في يد رجلٍ، ادَّعاها آخرانِ، وأقام أحدُهما بَـيِّنةً أنها له، غصبَها منه المُدَّعىٰ عليه، وأقامَ الآخرُ بَـيِّنةً أَنَّ مَنْ في يده أَقَرَّ بها له، فلا مُنافاةَ بينهما، فثبت الملكُ والغصبُ بالبيِّنةِ الأولىٰ، ويلغو إقرارُ الغاصِب لغير المغصوبِ منه.

فَصْلٌ: بَـيِّنَةُ المدَّعي لا توجِبُ ثبوتَ المِلْك له، ولكنَّها تظهرُهُ، فيجبُ أَنْ يكونَ الملكُ سابقاً علىٰ إقامتها. لٰكن لا يشترطُ السبق بزمان طويل، [بل][2] يكفي لصدق الشهود لحظة لطيفة، ولا يقدّرُ ما لا ضرورة إليه، فلو أقام بيِّنةً بِمْلكِ دابَّة، أو شجرة، لم يستحقَّ النتاجَ والثمرةَ الحاصلَين قبلَ إقامةِ البيِّنةِ، والثمرةُ الظاهرةُ عند إقامةِ البيِّنَةِ تبقىٰ للمدَّعىٰ عليه، وفي الحَمْلِ الموجودِ عند إقامتها وجهانِ.

أصحُّهما: يستحقُّه المدَّعي؛ تبعاً للأم، كما في العُقود.

والثاني: لا؛ لاحتمالِ كونِهِ لغيرِ مالكِ الأمِ بوصيَّةٍ.

ومُقتضىٰ هٰذا الأصل أَنَّ مَنِ اشترىٰ شيئاً، فادَّعاه مُدَّعٍ، وأخذه منه بحجَّة مُطلقة، لا يرجعُ علىٰ بائعه بالثمن؛ لاحتمال انتقالِ الملكِ مِنَ المشتري إلىٰ

---

(١) في المطبوع: «قد ذكرنا».

(٢) ما بين حاصرتين من (فتح العزيز: ١٣ / ٢٤٦).

المدَّعي، وتكون المبايعةُ صحيحةً مصادفة محلَّها، لٰكن الذي أطبق عليه الأصحاب ثبوتُ الرجوعُ؛ بل لو باع المشتري أو وهبَ، وانتزعَ المال من المُتَّهِب، أو المشتري منه، كان للمشتري الأول الرجوعُ أيضاً، وسببُه[1] الحاجةُ إليه في عُهدة العُقود، ولأنَّ الأصلَ أَنْ لا معاملة بين المشتري والمدَّعي، ولا انتقالَ منه، فيستدام الملكُ المشهودُ به إلىٰ ما قبلَ الشراء.

وعن القاضي حُسَين وجه: أنه لا رجوعَ إذا كان دعوىٰ المدَّعي مِلْكاً سابقاً؛ وفاء بالأصلِ المذكور، وحُمِلَ ما أطلقَهُ الأصحاب عليه.

وحكىٰ الهَرَويُّ وجهاً: أَنَّ قيامَ البَيِّنة يقتضي سبقَ الملكِ حتَّىٰ يكونَ النّتَاجُ للمدَّعِي.

فَرْعٌ: [المشتري][2] من المشتري إذا استحقَّ المال في يده، وانتزعَ منه، ولم يظفَرْ ببائعه، هل له أَنْ يطالبَ الأولَ بالثمن [١٣٠٠ / أ] ؟ في « فتاوىٰ القاضي حُسَين »: الأصحُّ أنه لا يطالبُهُ.

فَصْلٌ: ادَّعىٰ مِلْكاً مُطلقاً، فشهدَ الشهودُ بالمِلك، وذكروا سبَبَه، لم يَضُرَّ، فلو أرادَ المدَّعي تقديمَ بَـيِّنته بذكْر السبب؛ بناءً علىٰ أَنَّ ذِكْرَ السبب مُرَجِّحٌ، لم يكفِ للترجيح تعرُّضهم للسبب أَوَّلاً؛ لوقُوعه قبلَ الدعوىٰ والاستشهاد؛ بل يَدَّعي الملكَ وسببه، ثمَّ يعيدون الشهادة، فحينئذ ترجّح بَـيِّنته.

وقيل: لا حاجةَ إلىٰ إعادة البيِّنةِ، وتكفي الشهادةُ علىٰ ما هو المقصودُ واقعة بعد الدعوىٰ والاستشهاد.

ولو ادَّعىٰ الملكَ، وذكر سببه، وشهدوا بالملكِ، ولم يذكروا السببَ، قُبلَتْ شهادتُهم؛ لأنهم شهدوا بالمقصودِ، ولا تناقُضَ.

ولو ادَّعي الملك وسببه، وذكر الشهودُ سبباً آخَرَ، فالصحيحُ بطلانُ شهادتهم؛ للتناقُض، وقيل: تقبلُ علىٰ أصلِ الملكِ، ويلغو السببُ.

ولو شهد شاهدٌ بألفٍ عن ثمن، وآخَرُ بألف عن قَرْض، والدعوىٰ مطلقةٌ، فقد

---

(١) في المطبوع: « وسبب ».

(٢) ما بين حاصرتين من المطبوع، وهو موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٢٤٨).

سبقَ في « الإقرار » أنه لا يثبتُ بشهادتهما شيء، وقياسُ الوجه الثاني ـ علىٰ ضعفِهِ ـ ثبوتُ الألفِ.

فَرْعٌ: في يدِهِ دارٌ، حكمَ له حاكم بِمِلْكها، فادَّعىٰ خارجٌ انتقالَ الملكِ منه إليه، وشهدوا بانتقاله إليه بسببٍ صحيح، ولم يُبَيِّنوه، قال الهَرَوِيُّ: وقعَتْ هـٰذه المسألةُ، فأفتىٰ فيها فقهاء هَمَذانَ[1] بسَمَاع الدعوىٰ، والحكم بها للخارجِ، كما لو عَيَّنوا السبب، وكذا أفتىٰ المَاوَرْدِيُّ، والقاضي أبو الطيِّب، قال: وميلي إلىٰ أنها لا تسمعُ، ما لم يُبَيِّنوا، وهو طريقة القفَّال، وغيرِهِ؛ لأن أسبابَ الانتقال مختلَفٌ فيها بين العلماء، فصار كالشهادة بأنَّ فلاناً وارِثٌ، لا يقبلُ ما لم يبيِّنْ جهة الإرثِ.

الطرفُ الثاني: في العُقود:

وفيه أربع مسائِلَ.

الأولىٰ: إذا قال المُكْرِي: أكريتُكَ هـٰذا البيتَ شهر كذا بعشَرَةٍ، فقال: اكتريتُ جميعَ الدار بالعشَرة، فإن لم يكن بيِّنةٌ تَحَالفا، ثم يفسخُ العقد، أو ينفسخُ علىٰ ما سبق في « باب التحالف »، وعلىٰ المستأجِر أجرة مثل ما سكن في الدار أو البيت، فلو أقامَ أحدُهما بيِّنةً دونَ الآخَر، قُضِيَ بالبيِّنة، فإنْ أقاما بَيِّنَتين، فقولانِ، وقيل: وجهانِ.

أحدهما، خرَّجه ابْنُ سُرَيْجٍ: تقدَّم بيِّنةُ المستأجِر؛ لاشتمالها[2] علىٰ زيادةٍ، وهي اكتراءُ جميعِ الدار.

وأظهرُهما، وهو المنصوصُ: يتعارَضان، فيكون علىٰ قولَي التعارُض؛ إن[3] قلنا بالسُّقوطِ، تَحَالفَا، وإنْ قلنا بالاستعمالِ، جازتِ القرعةُ علىٰ الصحيح، وفي اليمينِ معها الخلافُ السابقُ.

وقال ابْنُ سَلَمَةَ: لا يقرعُ؛ لأن القرعةَ عند تساوي الجانبَين، ولا تساويَ؛ لأن جانبَ المُكري أقوىٰ؛ لملكِ الرقَبة.

---

(١) في الأصول الخطية: « همدان »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٢٤٩)، وهَمَذان: مدينة تقع اليوم في إيران.

(٢) في المطبوع: « لاشتمالهما »، غلط.

(٣) في المطبوع: « وإن »، « الواو » زائدة.

وأمَّا الوقْفُ والقسمةُ، فلا يجبان، هٰكذا أطبقَ عليه الأصحابُ، وفيه إشكالٌ.

ونقل الماسَرْجِسِيُّ قولاً: أنه تجيءُ القسمةُ في المِلْك، والوقفُ في الأُجرة.

ولو اختلفا، والزيادةُ في جانب المُكْري؛ بأن قال: أكريتُكَ بعشرينَ، فقال[1]: بل بعشرة، فقولُ التعارُض بحاله، وعلىٰ تخريج ابنِ سُرَيْجٍ: بيِّنةُ المُكْري راجحةٌ؛ للزيادة. ويطردُ ما ذكره في اختلاف المتبايعين إذا كان في بيِّنةِ أحدهما زيادةٌ.

ولو وُجدَتِ الزيادةُ في الجانبين؛ بأن قال: أكريتُك هٰذا [١٣٠٠ / ب] البيتَ بعشرينَ، فقال: بل جميع الدار بعشَرة، فلابْنِ سُرَيْجٍ رأيان.

الصحيح منهما: الرجوعُ إلىٰ التعارُض.

والثاني: الأخذُ بالزيادةِ من الجانبين، فيجعلُ جميع [الدار][2] مكرىً بعشرين، وهٰذا فاسد؛ لأنه خلافُ قولِ المتداعيين، والشهود.

ثم قال العراقيون، والرُّوْيَانِيُّ، وغيرُهم: هٰذا إذا كانتِ البَيِّنتانِ مُطْلَقتين، أو إحداهُما مطلقةٌ، أو اتفق تاريخُهما، فإنِ اختلفَ؛ بأَنْ شهدَت إحداهُما أَنَّ كذا مكري[3] سنةً من أول رمضانَ، والأخرىٰ مِنْ أولِ شوَّال، فقولانِ.

أظهرُهما، وبه قطعَ العراقيونَ، والرُّوياني: تقدّم أسبقهما تاريخاً؛ لأن العقد السابقَ صحيح، ولا مخالفةَ.

والثاني: تقدّم المتأخّرة؛ لأن العقد الثاني ناسِخ، وربَّما تخللت إقالة.

قال صاحب « التقريب »، وغيرُهُ: موضِع القولَين إذا لم يَتَّفقا علىٰ أنه لم يَجْرِ إلاَّ عقدٌ، فإنِ اتفقا عليه، تعارضَتا.

المسألةُ الثانيةُ: في يده دارٌ، جاء رجلان، ادَّعىٰ كُلُّ واحدٍ منهما أني اشتريتها من صاحب اليدِ بكذا، وسلّمتُ الثمَنَ، وطالبَه بتسليم الدار؛ فإنْ أَقَرَّ لأحدِهما، سلّمت الدارُ إليه، وهل يحلفُ للآخَرِ[4] ؟

---

(١) في المطبوع: « قال ».

(٢) كلمة: « الدار » ليست في (ظ)، ولا في المطبوع.

(٣) في المطبوع زيادة: « مِنْ ».

(٤) في المطبوع: « الآخر ».

قال الشيخ أبو الفَرَجِ: إنْ قلنا: إتلافُ البائع كآفةٍ سماويّة، فلا، وإنْ قلنا: كإتلافِ الأجنبيِّ، وأثبَتْنا الخيارَ، فأجازَ، وأرادَ أَنْ يطلبَ من البائع قيمتها، بُني التحليفُ علىٰ الخلاف في أنه لو أَقَرَّ للثاني بعد الإقرار الأولِ، هل يَغْرَمُ، فيحلف، أم لا ؟ فلا، وقد سبقَ نظائرُهُ، وللآخَر أن يدَّعي الثمَنَ؛ فإنه كهلاكِ المبيعِ قبلَ القبضِ في زَعْمه.

وإنْ أنكرَ ما ادَّعيا، ولا بَـيِّنَةَ، حلفَ لكلِّ واحدٍ يميناً، وبقيتِ الدارُ في يده.

وإنْ أقامَ أحدُهما بَـيِّنَةً، سُلِّمتِ الدارُ إليه، وليس للآخَر تحليفُهُ لتغريم العَين؛ لأنه لم يفوِّتْها عليه، إنما أُخذت بالبَـيِّنة، وله دعوىٰ الثمن.

وإنْ أقاما بَـيِّنَتين، نُظِرَ:

إنْ كانتا مؤرَّخَتين بتاريخ مختلف، قدّمَ أسبقهما تاريخاً، وإنْ لم تكونا كذٰلك، فله حالانِ.

الأولىٰ: أَنْ يستمرَّ صاحبُ اليدِ علىٰ التكذيب، فيتعارضان، فإنْ قلنا بالسقوط، سَقَطتا، وحلفَ المدَّعىٰ عليه لكلِّ واحدٍ منهما، كما لو لم يكن بيِّنَةٌ، وهل لهما استردادُ الثمنِ ؟ وجهانِ.

أصحُّهما: نَعَمْ، هٰذا إذا لم تتعرَّضِ البيِّنةُ لقبضِ المبيع، فإنْ تَعَرَّضت، فلا رجوعَ بالثمن؛ لأن العقد استقرَّ بالقبض، وليس علىٰ البائع عهدةُ ما يحدُثُ بعدَه.

وإنْ قلنا بالاستعمالِ، فالأشهرُ: أنه لا يجيءُ الوقْفُ، والأصحُّ مجيئُهُ، فتنزعُ الدارُ من يده، والثمنانِ، ويوقَفُ الجميعُ.

وإنْ قلنا بالقُرعة، فمَنْ خرجَتْ قُرعتُهُ، سلِّمت إليه الدارُ بالثمن الذي سمَّاه، واستردَّ الآخرُ الثمنَ الذي أدَّاهُ.

وإنْ قلنا بالقِسمة، فلكلِّ واحدٍ منهما نصفُ الدارِ، بنصفِ الثمن الذي سمَّاه، ولهما خيارُ الفسخ؛ لأنه لم يسلّم جميع المعقودِ عليه، فإن فَسَخا، استرَّدا جميعَ الثمن المشهود به، وإن أجازا[1]، استردَّ كُلُّ واحد نصفَ الثمنِ المشهود به؛ بناءً

---

(١) في المطبوع: « أجاز ».

علىٰ الأظهر، وهو أَنَّ الإجازةَ بالقِسْط، ويجوزُ أَنْ يجيزَ أحدُهما، ويفسخَ الآخَر، ويستردّ جميع الثمن.

ثم إنْ سبقت الإجازةُ الفسخ، رجعَ المجيزُ بنصفِ الثمنِ، وليس له أن يأخذ [١٣٠١ / أ] النصفَ المردودَ، ويضمّه إلىٰ ما عنده؛ لأنه حين أجازَ، رضيَ بالنصفِ.

وإنْ سبقَ الفسخُ الإجازةَ، فهل للمُجيز أخذُ الجميع ؟ وجهانِ.

أحدُهما: لا؛ لأنا نفرِّعُ علىٰ قولِ القسمةِ، فلا يأخذُ إلَّا ما اقتضته، والمردودُ يعودُ إلىٰ البائع.

وأصحُّهما، وبه قطعَ العراقيون: له ذلكَ؛ لأنَّ بيِّنتهُ قامت بالجمعِ، وقد زالَ المزاحِم، ونقلَ الرَّبيعُ قولاً: أَنَّ البيعينِ مفسوخانِ، ورُوي: باطلانِ، وهو معنىٰ (مفسوخان) هنا، ويعملُ بمقتضىٰ قولِ المدَّعىٰ عليه، وامتنعَ جماعة مِنْ جَعْله قولاً، منهم مَنْ غَلَّطَهُ[1]، ومنهم مَنْ قال: هو تخريجٌ له.

الحالةُ الثانيةُ: أَنْ يصدّقَ صاحبُ اليدِ أحدَهما، فعلىٰ قول السقوطِ: تسلَّمُ الدار للمصدّق، وكأنه أَقَرَّ له، ولا بيِّنَةَ، وعلىٰ قول الاستعمالِ وجهان.

قال ابْنُ سُرَيج: يقدّم المصدّق، وكأنه نقلَ إليه يده، فصار معه يَدٌ، وبيِّنة.

والأصحُّ: المنعُ؛ لاتفاق البيِّنَتَين علىٰ إسقاط يده، وانتزاع المال منه باتفاقِ الأقوالِ، واليدُ المُزَالَةُ لا يرجَّحُ بها، فعلىٰ هٰذا: هو كما لو لم يصدّقْ واحد منهما.

ثم إنَّ الأصحابَ لم يفرِّقوا فيما إذا لم تكن البيِّنتانِ مختلفتَي التاريخ بين أَنْ يكونا مُطْلقتين أو مُتَّحدتي التاريخ، أو إحداهما مُطلقةٌ، والأخرىٰ مؤرَّخةٌ؛ بل صرَّحوا بالتسوية، إلاَّ أَنَّ أبا الفَرَجِ الزَّازَ[2] استدركَ، فقال: هٰذا إذا لم يقدّمِ المؤرّخَة علىٰ المُطلقة، فإنْ قدَّمناها، قضينا لصاحبها، ولا تجيءُ الأقوالُ.

فَرْعٌ[3] عن الشيخ أبي عاصِمٍ: لو تعرَّضَتْ إحدىٰ البَيِّنتين، لكونِ الدارِ مِلْكَ

---

(١) في المطبوع: « غلطه »، تصحيف.

(٢) أبو الفَرَج الزَّاز: هو السَّرْخسِيُّ، عبد الرحمٰن بن أحمد.

(٣) كلمة: « فرع » ساقطة من المطبوع.



البائع وقتَ البيع، أو لكونِها مِلْكَ المشتري الآن، كانت مُقَدَّمَةً، وإنْ لم يذكرا تاريخاً.

ولو ذكرَتْ إحداهُما نَقْدَ الثَّمَنِ دونَ الأُخرىٰ، كانت مُقَدَّمَةً، سواءٌ كانت سابقةً، أم مسبوقةً؛ لأن التعرُّضَ للنقدِ يوجبُ التسليمَ، والأخرىٰ لا توجِبُ؛ لبقاءِ حَقِّ الحبسِ للبائع، فلا تكفي المطالبةُ بالتسليم.

فَرْعٌ: في يدِهِ دارٌ، جاءَ اثنانِ يَدَّعيانها، قال أحدُهما: اشتريتُها من زيدٍ وهي مِلْكُهُ، وقال الآخَرُ: اشتريتُها مِنْ عَمْرٍو، وهي مِلْكُهُ، وأقامَ كُلُّ واحدٍ بَـيِّنَةً بما يقوله، فهما متعارِضتان؛ فإنْ قلنا بالسقوط، فكأنه لا بَـيِّنَةَ، ويحلفُ صاحبُ اليدِ لكلِّ واحدٍ يميناً.

وإنْ قلنا بالاستعمالِ، ففي مجيء قول الوقْفِ الخِلافُ السابقُ.

ويجيءُ قَولا القُرعة والقسمةِ، والتفريعُ كما سبقَ، إلاَّ أَنَّ ـ علىٰ قول القسمة ـ إذا اختارَ أحدُهما فسخَ العقدِ، والآخَرُ إجازَته لا يكونُ للمُجيز أخذُ النصفِ الآخَر، سواءٌ تقدَّم الفسخُ أو الإجازةُ، إذا ادَّعيا الشراءَ مِنْ[1] شخصَين؛ لأن المردودَ يعودُ إلىٰ غير مَنْ يدَّعي المجيزُ الشراءَ منه، فكيف يأخذه ؟ !

وحيثُ أثبتْنا الخيارَ علىٰ قول القسمةِ، فذٰلك إذا لم تتعرَّضِ البينةُ لقبضِ المبيعِ، ولا اعترفَ به المدَّعي، وإلاَّ فإذا جرىٰ القبضُ، استقرَّ العقدُ، وما يحدثُ بعده لَيس علىٰ البائع عهدَتُهُ، وإنَّما شرطنا في صُورةِ الفَرْع أَنْ يقولَ كُلُّ واحِدٍ، وهي مِلْكُهُ؛ لأن مَن ادَّعىٰ مالاً في يدِ شخصٍ، وقال: اشتريتُهُ من فلان، لم تسمَعْ دعواه حتَّىٰ يقولَ: اشتريتُهُ منه، وهو مِلْكُهُ، ويقومُ مَقَامَه أَنْ يقول [١٣٠١ / ب]: وتسلَّمْتُهُ منه، أو سلَّمه إليَّ؛ لأن الظاهر أنه إنما يسلِّمُ ما يملكُهُ، وفي دعوىٰ الشراءِ من صاحبِ اليدِ لا يحتاجُ أَنْ يقولَ وأنت تملكُهُ، ويكتفىٰ بأن اليد تدلُّ علىٰ المِلْك، وكذا يشترطُ أَنْ يقولَ الشاهد في الشهادة: اشتراه مِنْ فلان، وهو يَمْلِكهُ، أو اشتراهُ، وتسلَّمه منه، أو وسلَّمه إليه.

قال الإمام: ويجوزُ أَنْ يقيمَ شُهوداً علىٰ أنه اشترىٰ من فلانٍ، وآخَرينَ أَنَّ فلاناً

---

(١) في (ظ)، والمطبوع: « بين ».

كان يملكُهُ إلىٰ أَنْ باعَهُ، لـٰكن هـٰؤلاءِ شهدوا بالمِلك والمبيع جميعاً، فكأن المراد ما[١] إذا أقام شهوداً بالشراءِ وقت كذا، وآخرين أنه كان يملكُهُ إلىٰ ذٰلك الوقتِ.

فَرْعٌ: أقامَ أحدُ المدَّعيين بـيّنةً أنه اشترىٰ الدارَ من فلان، وكان يملِكُها، وأقامَ الآخرُ بـيّنةً أنه اشتراها مِنْ مُقيم البيِّنَةِ الأولىٰ، حكمَ ببيِّنَةِ الثاني، ولا يحتاجُ أَنْ يقولَ المقيم[٢] البيِّنة: وأنت تملِكُها، كما لا يحتاجُ أن يقول لصاحبِ اليدِ؛ لأنَّ البيِّنَة تدلُّ علىٰ الملْكِ، كما أَنَّ اليدَ تدلُّ عليه.

المسألةُ الثالثةُ: دارٌ في يدِهِ، جاء اثنانِ، قال كُلٌّ منهما: بعتُكَ هـٰذه الدارَ، وكانت مِلْكي بكذا، فأدِّ الثمنَ؛ فإِنْ أَقرَّ لهما، طُولِبَ بالثمَنَين، وإِنْ أَقَرَّ لأحدِهما، طُولِبَ بالثَمن الذي سمَّاه، وحلفَ للآخر، وإِنْ أنكرَ ما ادَّعياه، ولا بيِّنَةَ، حلفَ لهما يمينَين، وإن أقامَ أحدُهما بيِّنةً قُضي له، وحلفَ للآخر، وإِنْ أقاما بـيِّنَتين، نُظِرَ:

إِنْ أرّختا تاريخين مختلفين، لزَمه الثمنانِ؛ لإمكانِ الجميع، وإنِ اتحدَ تاريخُهما؛ بأَنْ أُرِّخَتا بطلوع الشمسِ، أو زوالها، تعارَضَتا؛ لامتناع كونِهِ ملكاً في وقتٍ واحدٍ لهـٰذا وحدَه، ولذاكَ وحدَه، فعلىٰ قول السقوط: كأنه لا بيِّنَةَ.

وعلىٰ القرعة: يقرعُ، فمَنْ خرجت قُرعته، قُضي له بالثمن الذي شهدت به بيِّنتُهُ[٣]، وللآخَر تحليفهُ بلا خلافٍ؛ لأنه لو اعترفَ به بعد ذٰلك لزمَهُ.

وعلىٰ القسمة: لكلِّ واحدٍ نصفُ الثمن الذي سمَّاه، وكأنَّ الدارَ لهما وباعاه بثَمنين متفقين، أو مختلفين، وفي مجيءِ الوقفِ الخلافُ السابقُ، والمذهبُ مجيئُهُ.

وإِنْ كانت البيِّنتانِ مُطلقتين أو إحداهما مُطلقة، والأخرىٰ مؤرَّخة، فوجهانِ.

أصحُّهما: أنهما كمختلفتي التاريخ، فيلزمُهُ الثَّمنانِ؛ لإمكان الجمع.

والثاني: أنهما كمتَّحدتي التاريخ؛ لأن الأصلَ براءةُ ذمةِ المشتري، فلا يلزمُهُ إلَّا اليقين، وبهـٰذا قال القاضي أبو حامد، وابْنُ القَطَّانِ، فعلىٰ هـٰذا: يعودُ خلاف التعارُض، وفيه طريقٌ ثانٍ، وهو القطعُ بالوجهِ الأولِ.

---

(١) كلمة: « ما » ساقطة من المطبوع.

(٢) في (ظ): « لمقيم ».

(٣) في المطبوع: « بينة ».

وقيل: إنْ شهدتِ البَـيِّنتانِ علىٰ الإقباض مع البيع، وجبَ الثَّمنانِ قطعاً.

ولو شهدتِ البيِّنتانِ علىٰ إقرارِ المدَّعىٰ عليه بما ادَّعيا، فالصحيحُ أن الحكمَ كما لو قامتا علىٰ البيعين، فينظر:

أقامتا علىٰ الإقرارِ مُطلقاً، أَمْ علىٰ الإقرارِ بالشراءِ من زيدٍ في وقتٍ، ومن عمرٍو كذٰلك؟

وقيل: يجبُ الثمَنانِ، وإنْ كانتِ الشهادةُ علىٰ الإقرارَين مطلقاً، وما ذكرناه مِنْ أَنهما إذا أرّختا تاريخين مختلفين يلزمُهُ الثمَنانِ يشترطُ فيه أَنْ يكون بينهما زَمَنٌ يمكنُ فيه العقدُ الأولُ، ثم الانتقالُ من المشتري إلىٰ البائع الثاني، ثم العقدُ الثاني، فإنْ عَيَّنَ الشهودُ [١٣٠٢ / أ] زمناً لا يتأتّىٰ [فيه] ذٰلك، لم يجبِ الثمَنانِ.

قال الإمامُ: ولو شهد اثنانِ أنه باع فلاناً في ساعة كذا، وشهدَ آخَرانِ أنه كان ساكِناً تلك الحالة، أو شهد اثنان أنه قَتَلَ[١] فلاناً ساعة كذا، وآخران[٢] أنه كان ساكناً تلك الحالة، لا يتحرَّك، ولا يعملُ شيئاً، ففي قَبول الشهادة الثانية وجهان؛ لأنها شهادةٌ علىٰ النفي، وإنما تقبلُ شهادةُ النفي في المضايقِ، وأحوالِ الضرورات، فإن قبلناها، جاز[٣] التعارض.

قلتُ: الأصحُّ القَبُول؛ لأن النفيَ المحصورَ، كالإثباتِ في إمكان الإحاطةِ به. **واللهُ أعلمُ**.

فَرْعٌ: قال الأكثرونَ: صورةُ المسألةِ أَنْ يقولَ كُلُّ واحد: بعتُكَ كذا، وهو مِلْكي، وهٰكذا لفظ الشافعيِّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ في «المختصر»، وقال أبو الفَيَّاض[٤]: لا يشترطُ ذٰلك. وإذا قلنا بالقسمةِ عند التعارُض، فقسمَ الثمن فلا[٥] خيارَ لصاحب اليد؛ لأنه حصل له تمام المبيع[٦]، ولا غَرَضَ له في عين البائع.

---

(١) في المطبوع: «قبل».

(٢) في المطبوع: «وآخر».

(٣) في (ظ، أ): «جاء».

(٤) هو محمد بن الحسن بن المنتصر البصري. سلفت ترجمته.

(٥) في المطبوع: «بلا».

(٦) في المطبوع: «البيع».

وقال ابْنُ القَطَّانِ: له الخِيارُ، فقد يرضىٰ بمعاملةِ واحدٍ دون اثنَين.

المسألةُ الرابعةُ: عَبْدٌ في يد رجلٍ، ادَّعىٰ أَنَّ سيدَه أعتقَهُ، وادَّعَىٰ رجل أنه باعه إيَّاه بكذا، وأنكرَ صاحبُ اليد ما ادَّعياه، ولا بَـيِّنَةَ، حلفَ لهما يمينَين.

وإنْ أَقَرَّ بالعتقِ، ثبتَ العتقُ، ولم يكن للمشتري تحليفُهُ، إن[1] قلنا: إتلافُ البائعِ كالآفة السماويَّة؛ لأنه بالإقرار متلفٌ قبل القبض، فينفسخُ البيعُ، لٰكن لو ادَّعَىٰ تسليمَ الثمن، حلفَ له، وإنْ أَقَرَّ بالبيع، قُضي به، وليس للعبد تحليفُهُ؛ لأنه لو اعترف به، لم يقبَلْ، ولم يلزمْهُ غُرُمٌ.

قال الرُّوْيَانِيُّ: وليس لنا موضِعٌ يقرّ لأحد المدَّعيين، ولا يحلفُ للآخَر قولاً واحداً إلاَّ هـٰذا.

وإنْ أقامَ كُلُّ واحدٍ بَـيِّنةً، نُظِرَ:

إنِ اختلف تاريخُهما، قُضي بأسبقهما، وإنِ اتَّحدَ، تعارَضَتا، وفيهما القولان.

فإنْ قلنا بالسُّقوط، فهو كما لو لم يكن.

وإن قلنا بالاستعمالِ، ففي مجيء قولِ الوقْفِ الخلافُ السابقُ.

وإنْ قلنا بالقُرعة قُضي لمن خرجت له.

وإنْ قلنا بالقِسمة، عَتَقَ نصفُ العبد، ونصفُه لمدَّعي الشراء بنصفِ الثمن، وله الخيارُ، فإنْ فسخَ، فالصحيحُ أنه يَعْتِقُ النصفُ الآخَر أيضاً؛ لأن البيِّنةَ شهدت بإعتاقِهِ الجميع، وإنما لم يحكمْ بموجبها؛ لزحمة مُدَّعي الشراء، وقد زالت.

وقيل: لا يَعْتِقُ، وإن أجازَ، فإنْ كان المدَّعىٰ عليه مُعسِراً، لم يَسْرِ العتقُ، وإنْ كان موسِراً، فقولانِ، أو وجهان.

أحدهما: لا يَسْرِي؛ لأنه عَتَقَ قَهْراً، فأشبهَ ما لو ورثَ بعض قريبه.

وأظهرُهما: يَسْري؛ لقيام البَـيِّنَةِ أنه أعتقَ باختياره.

وقيل: لا يجري قولُ القسمة هنا؛ تحرُّزاً من تبعيض[2] الحرِّية.

---

(١) في المطبوع: « وإنْ ».

(٢) في المطبوع: « تبغيض »، تصحيف.

وخَرَّجَ(١) المزنيُّ قولاً: أنه يقدّم بَـيِّنة العتقِ؛ لأن العبد في يدِ نفسِه، وبيِّنةُ صاحبِ اليد مقدَّمةٌ، وضعَّف الأصحابُ هـٰذا، وامتنعوا من إثباته قولاً، قالوا: وإنما يكونُ في يَدِ نفسِه لو ثبتَتْ حُرِّيتُهُ.

ولو كانت البيِّنتانِ مُطلقتَين، أو إحداهُما مُطلقة، والأخرىٰ مُؤَرَّخة، فهو كما لو اتحدَ تاريخُهما، هـٰذا هو المذهب.

وقيل: لا يجري هنا قولُ السقوطِ؛ لأنَّ صدْقَهما مُمكن؛ بأن باعَه صاحبُ اليدِ لمدَّعي الشراءِ، ثم اشتراهُ منه [١٣٠٢ / ب]، ثم أعتقَهُ، وتصديقُ صاحبِ اليدِ بعد قيام البيِّنتَين لا يوجِبُ الرُّجْحانَ إلاَّ عند ابْنِ سُرَيْجٍ، كما سبقَ.

الطرفُ الثالثُ: في التداعي والتعارُض في الموتِ والإرثِ:

وفيه مسائِلُ:

الأولىٰ: ماتَ رجلٌ عن اثنَين، مُسلمٍ ونصرانيٍّ، فقال كُلٌّ منهما: مات علىٰ ديني، فأرثُهُ، فللأبِ حالانِ:

الأولىٰ: أن يكون معروفاً بالتنصُّر، فقال المسلم: أسلَمَ، ثم ماتَ، وقال النصرانيُّ: ماتَ علىٰ ما كان، فيصدَّقُ النصرانيُّ بيمينِهِ؛ لأنَّ الأصلَ بقاؤُه، فإِنْ أقاما بَـيِّنتين، نُظِرَ:

إنْ أُطلقتا، فقالت إحداهُما: ماتَ مُسلماً، والأُخرىٰ: ماتَ نصرانيّاً، قدّمت بَيِّنةُ المسلم؛ لأن معها زيادةَ عِلْمٍ، وهو انتقالُهُ من النصرانيَّة، فقدّمت الناقلةُ علىٰ المُسْتَصْحَبَةِ، كما تقدّمُ بيِّنةُ الجَرْحِ علىٰ التعديل.

وكما لو ماتَ عن ابنٍ وزوجةٍ، فقال الابنُ: دارُهُ هـٰذه ميراثٌ، وقالت: أُصْدَقَنِيها، أو باعَنيها، وأقاما بَـيِّنتين، فبيِّنتُها أَوْلىٰ.

وكما لو ادَّعىٰ علىٰ مجهولٍ أنك عبدي، وأقام به بيِّنةً، وأقام المدَّعىٰ عليه بيِّنةً أنه كان مِلْكاً لفلانٍ، وأعتقه، تقدّم بَـيِّنة المُدَّعىٰ عليه؛ لعلمها بالانتقالِ مِنَ الرقِّ إلىٰ الحُرِّية، وعلىٰ هـٰذا قياسُ المسائل.

---

(١) في (ظ)، والمطبوع: «وصَرَّح» تحريف.

وإنْ قُيّدتَا(١) بأنه تكلم في آخر عُمره كلمةً، وأقام المسلمُ بيِّنةً أنها كانت كلمةَ الإسلام، وأقامَ الآخر بيِّنةً بأنها كانت النصرانيةَ، تعارضَتا، فعلىٰ قول السقوط: تسقطانِ، ويصيرُ كأن لا بيِّنةَ، فيصدَّق النصرانيّ بيمينه.

وإنْ قلنا بالاستعمال، فعلىٰ الوقفِ: يوقَفُ، وعلىٰ القُرعة يقرعُ، فمن خرجت له، فله التركةُ.

وعلىٰ القسمةِ تقسمُ، فيجعل بينهما نصفَين كغيرِ الإرثِ.

وقال أبو إسحاقَ(٢): لا تجيءُ القسمة؛ لأنها تكونُ حُكْماً (٣) بالخطأ يقيناً؛ لأنه لا يموتُ مسلماً كافراً، وفي غير صورةِ الإرثِ لا يتحقَّقُ الخطأُ في القِسْمة؛ لاحتمالِ كونِ المدَّعىٰ مشتركاً بينهما، والصحيحُ: الأولُ.

وليست القسمةُ حكماً بأنه مات مُسلماً كافراً؛ بل لأنَّ بَـيِّنةَ كُلِّ واحدٍ اقتضَتْ كونَ جميعِ المالِ له، فَزاحَمَتْها(٤) الأخرىٰ، فعمِلْنا بكلِّ واحدةٍ بحسَبِ الإمكان.

قال العراقيُّون: وليستِ القسمةُ خطأً يقيناً؛ لاحتمالِ أنه مات نصرانيّاً وهما نَصْرانِيّان(٥)، فورثاه، ثم أسلمَ أحدُهما. ولو قيّدت بَـيِّنة النصرانيِّ أَنَّ آخِرَ كلامه النصرانيةُ، فهو كتقييد البَـيِّنتين.

الحالةُ الثانيةُ: أَنْ لا يكون الأبُ معروفَ الدِّيْنِ، فإنْ لم يكن بيِّنةٌ، نُظِرَ:

إنْ كان المال في يدِ غيرِهما، فالقولُ قولُه.

وإنْ كان في يدِهما، حلفَ كُلّ واحدٍ لصاحبه، وجعلَ بينهما.

وإنْ كان في يدِ أحدِهما، فوجهانِ.

---

(١) في المطبوع: « قيدنا ».

(٢) **أبو إسحاق:** هو المَرْوزيُّ، إبراهيم بن أحمد. قال المصنف في (تهذيب الأسماء واللغات: ٢ / ٣٧٦): « وحيث أطلق أبو إسحاق في كتب المذهب فهو المَرْوزيُّ، وقد يقيِّدونه بالمَرْوزيِّ، وقد يطلقونه ».

(٣) في المطبوع: « حتماً »، تحريف.

(٤) في المطبوع: « ومزاحمتها ».

(٥) قوله: « وهما نصرانيان » ساقط من المطبوع.

أحدهما، وبه قال الشيخ أبو حامد، والقاضي حُسَين وجماعةٌ[١]: القولُ قَوْلُه بيمينِهِ، والصحيحُ: أنه يجعلُ بينهما، ولا أثَرَ لليدِ بعد اعترافِهِ بأنه كان للميتِ.

وإنْ أقاما بَـيِّنتين، تعارضَتا، سواء أَطلَقْنا، أو قَيَّدْنا. ويجيءُ في القسمة خلافُ أبي إسحاقَ.

وقيل: تقدّمُ بيِّنةُ الإسلام؛ لأنه[٢] الظاهرُ مِنْ حال مَنْ هو في دار الإسلام. والمذهبُ: الأولُ، ويُصَلّي علىٰ هـٰذا الميتِ، ويدفنه في مقابِرِ المسلمينَ، ويقولُ: أصلِّي عليه إنْ كان مسلماً.

فَروعٌ[٣]: يشترطُ في بَـيِّنةِ النصرانيِّ أَنْ يفسّرَ كلمة التنصُّر بما يختصُّ به النصارىٰ، كقولهم: ثالث ثلاثة.

وهل[٤] يجبُ في بَـيِّنة [١٣٠٣ / أ] الإسلامِ تفسيرُ كلمتهِ؛ لأنهم قد يتوهَّمون ما ليس بإسلام إسلاماً؟ وجهانِ.

وإذا قلنا بالقِسْمة، هل يحلفُ كُلُّ واحد من الابنينِ[٥] للآخَر؟ وجهانِ.

الأصح: لا.

وإذا قلنا بالقسْمَةِ، فمات عن ابنٍ وبنتٍ، فقال ابْنُ سَلَمَةَ: يقسمُ مناصفةً، وقال غيره: مُثالثَةً، والصواب: أنهما كرجلين ادَّعىٰ أحدُهما جميعَ دارٍ، والآخَرُ نصفَها، وأقاما بَـيِّنتين، وقد سبقَ أَنَّ علىٰ قول القسمةِ: للأولِ ثلاثةُ أرباعها، وللآخَر: رُبُعها.

ثم الموتُ علىٰ كلمةِ الإسلامِ يوجبُ إرثَ الابنِ المسلمِ، لـٰكن الموت علىٰ التنصُّر لا يوجِبُ بمجرَّده إرثَ النصرانيِّ؛ لاحتمالِ أنه أسلمَ، ثم تنصَّر، وكان التصوير فيما إذا تعرَّضَ الشهودُ لاستمراره علىٰ النصرانيَّة حتَّىٰ مات، أو اكتفوا

---

(١) في المطبوع: «وجماعته»، غلط.
(٢) في المطبوع: «لأنَّ».
(٣) في المطبوع: «فرع».
(٤) في المطبوع: «هل» بدون «الواو».
(٥) في المطبوع: «الاثنين».

باستصحابِ ما عرفَ مِنْ دِينه مضموماً إلىٰ الموت عليه، وإنْ لم يتعرَّضْ له الشهود.

فَرْعٌ: ماتَ عَنْ زَوجةٍ، وأخٍ مسلمَين، وأولادٍ كَفَرة، فقال المسلمانِ: مات مُسلماً، وقال الأولادُ: مات كافـراً، فإن كان أصلُ دينه الكفرَ، صُدِّقَ الأولاد. وإنْ أقاموا بَـيِّنتين، فإن أطلقتا[١]، قُدِّمت بَـيِّنةُ المسلمين، وإن قيّدتا[٢]، فعلىٰ الخلافِ في التعارض. ويعودُ خلافُ أبي إسحاقَ في جريان القِسمة؛ فإذا رَجَّحنا طائفةً، قسمَ المال بينهم، كما يقسمُ لو انفردوا. وإنْ جعلنا المالَ بين الطائفتين؛ تفريعاً علىٰ القِسْمة، فالنصفُ للزوجةِ والأخ[٣]، والنصفُ للأولاد، وفيما تأخذُ الزوجةُ من النصفِ وجهان.

أحدهما: رُبُعهُ وكأنه جميعُ التركة، وبه قطع السَّرْخَسِيُّ.

والثاني: نِصْفه؛ ليكون لها رُبُعُ التركة؛ لأن الأخَ معترف به، والأولاد لا يحجبونها باتفاقهما، وبه قطع الإمامُ.

قلتُ: الأولُ أصَحُّ؛ لأنها معترفةٌ أيضاً باستحقاقِ الأخِ ثلاثةَ أرباع التركَةِ. **والله أعلمُ**.

المسألةُ الثانيةُ: مات نصرانيٌّ، وله ابنانِ: مسلمٌ ونصرانيٌّ، فقال المسلمُ: أسلمتُ بعد موتِ أبينا، فالميراثُ بيننا. وقال النصرانيُّ: قَبْلَهُ، فلا ترِثُهُ، فلهما ثلاثةُ أحوالٍ.

إحداها: أَنْ يقتصرَا[٤] علىٰ هـٰذا القَدْرِ، ولا يتعرَّضا لتاريخ موتِ الأبِ، ولا لتاريخِ إسلامِ المسلمِ.

والثانية: أَنْ يتفقا علىٰ وقت موتِ الأبِ كرمضانَ، وقال المسلمُ: أسلمتُ في شوَّال، وقال النصرانيُّ: بل أسلمتَ في شعبانَ، ففي الحالتين إنْ لم يكن بيِّنةٌ، فالقولُ قولُ المسلمِ؛ لأنّ الأصلَ بقاؤُه علىٰ دينه، فَيحلف، ويشتركانِ في المال.

---

(١) في المطبوع: « أطلقنا ».
(٢) في المطبوع: « قيدنا ».
(٣) في المطبوع: « وللأخ ».
(٤) في المطبوع: « يقتصر ».

وإن أقام أحدُهما بيِّنةً قُضيَ بها .

وإِنْ أقاما بـيِّنتين ، قُدِّمت بيِّنةُ النصرانيِّ ؛ لأنها ناقلةٌ من النصرانيَّة إلىٰ الإسلام في شعبانَ ، والأخرىٰ مُسْتَصْحبة لدينه في شَوَّال ، فمع الأُولىٰ زيادةُ علْمٍ .

الحالةُ الثالثةُ: أَنْ يتفقا علىٰ تاريخ إسلام المسلمِ ؛ فإنِ اتفقا علىٰ أنه أسلم في رمضانَ ، ولـٰكن ادَّعىٰ المسلمُ أَنَّ الأب مات في شعبانَ .

وقال النصرانيُّ : مات في شوَّال ، صُدِّقَ النصرانيُّ ؛ لأن الأصلَ بقاءُ الحياةِ .

وإِنْ أقاما بَـيِّنتَين ، قُدِّمت بيِّنةُ المسلم ؛ لأنها تنقلُ من الحياة إلىٰ الموت في شعبانَ ، والأخرىٰ تستصحبُ الحياة إلىٰ شوَّال .

وإنْ شهدَتْ [١٣٠٣ / ب] بيِّنةُ النصرانيِّ في هـٰذه الحالة الثالثة أنهم عاينوه حَيّاً في شوَّال ، أو شهدَتْ بيِّنةُ المسلم في الحالتين الأوليين بأنهم كانوا يسمعون منه كلمةَ التنصُّر في نصفِ شوال مثلاً ، تعارَضَتا .

فَرْعٌ: مات مسلمٌ ، وله ابنانِ ، أسلمَ أحدُهما قبلَ موتِ الأبِ بالاتفاقِ ، وقال الآخَرُ : أسلمتُ أيضاً قبلَه .

وقال المتَّفَقُ علىٰ إسلامه : بل بَعْدَ موته ، فعلىٰ الأحوال الثلاثِ ؛ فإن اقتصرا[1] علىٰ ذٰلك ، أو اتفقا علىٰ أَنَّ الأبَ مات في رمضانَ . وقال قديمُ الإسلام لحادِثِ الإسلام : أسلمت في شوَّال . وقال الحادِثُ : بل أسلمت في شعبان ، صدِّقَ قديمُ الإسلام .

وإنْ أقاما بَـيِّنتين ، قُدِّمَت بينةُ الحادِث .

وإنِ اتفقا أَنَّ الحادِث أسلمَ في رمضانَ ، وقال قديمُ الإسلام : مات الأبُ في شعبان . وقال الحادِث : بل في شوَّال ، فالمصدَّقُ الحادِثُ ، والمقدّم بَـيِّنة قديم الإسلام .

وعلىٰ هـٰذا يقاسُ نظائرُ الصورةِ الأولىٰ ، وصورةُ الفَرْع ؛ بأن مات الأبُ حُرّاً ،

---

(١) في المطبوع : « اقتصر » .

وأَحَدُ ابنيه حُرٌّ[١] بالاتفاق، واختلفا هل عَتَقَ الآخَرُ قبل موتِهِ، أم بعدَه ؟

ولو اتفقا في صورة الفَرْعِ أَنَّ أحدَهما لم يَزَلْ مُسلماً. وقال الآخَرُ: لم أَزَلْ مُسلماً أيضاً، ونازعَهُ الأولُ، فقال: كنتَ نصرانيّاً، وإنما أسلمت بعد موتِ الأبِ، فالقولُ قولُه أنه لم يَزَلْ مُسلماً؛ لأنَّ ظاهِرَ الدارِ يشهدُ له.

ولو قال كُلُّ واحدٍ منهما: لم أَزَلْ مسلماً، وكان صاحبي نصرانيّاً أسلمَ بعد موتِ الأب، فوجهانِ خَرَّجهما القَفَّالُ.

أحدهما: لا شيء لهما؛ لأن الأصلَ عدمُ الاستحقاقِ.

وأصحُّهما: يحلفان، ويجعلُ المال بينهما؛ لأنَّ ظاهر اليد يشهدُ لكلِّ واحدٍ فيما يقولُه في حَقِّ نفسِه.

فَرْعٌ: مات عن أبوَين كافرين، وابنَين مُسلمين، فقال الأبوانِ: مات كافراً، وقال الابنانِ: مات مُسلماً، قال ابْنُ سُرَيْجٍ: فيه قولان.

أشبهُهما بقول العلماء: أَنَّ القولَ قولُ الأبوين؛ لأنَّ الولدَ محكوم بكفره في الابتداء؛ تبعاً لهما، فيستصحبُ حتَّىٰ يعلَمَ خلافه.

والثاني: يوقَفُ المالُ حتَّىٰ ينكشفَ الأمرُ، أو يصطلحا، والتبعيَّة تزولُ بالبلوغ وحصولِ الاستقلالِ.

وقيل: القولُ قولُ الابنَين؛ لأن ظاهِرَ الدار الإسلامُ.

قلتُ: الوقْفُ أرجَحُ دليلاً، ولـٰكن الأصحّ عند الأصحاب أَنَّ القولَ قولُ الأبوين، وأنكروا علىٰ صاحب « التنبيه » ترجيحَه قول الابنَين، وهو ظاهِرُ الفسادِ[٢]. **والله أعلمُ.**

فَرْعٌ: له زوجةٌ وابنٌ ماتا، فاختلفَ الزوجُ وأخو المرأةِ، فقال الزوجُ: ماتَتْ أولاً، فورثْتُها أنا وابني، ثم ماتَ الابْنُ، فورثته. وقال الأخُ: مات الابنُ أولاً،

---

(١) في (ظ)، والمطبوع: « حُرّاً ».

(٢) أورد قولَ النووي هـٰذا الدَّميريُّ في (النجم الوهاج: ١٠ / ٤٤٧) وقال معلّقاً: « وكأنه قلَّدَ ابن يونس في ذٰلك، والذي في (ابن الخل) لفظ الأبوين، وهو أعلم بـ« التنبيه » من ابن يونس، وكذا ذكره جميع العراقيين لـٰكن بلا ترجيح، وبالجملة نسخ التنبيه مختلفة ».

فورثت منه أُختي، ثم ماتت، فأرثُ منها، فإن لم يكن بَـيِّنة، فالقولُ قولُ الأخ في مالِ أختِهِ، وقول الزوجِ في مالِ ابنه. فإنْ حَلَفَا، أو نَكَلاَ، فهي من صُوَر استبهامِ الموت، فلا يورث ميت من ميت؛ بل مالُ الابن لأبيه، ومالها للزوجِ والأخ.

وإنْ أقاما بَـيِّنتين، تعارضتا، وجرت أقوالُ التعارُضِ. هٰذا إذا لم يتفقا علىٰ وقتِ موتِ أحدِهما، فإنِ اتفقا علىٰ وقتِ موتِ أحدهما، واختلفا في أَنَّ الآخر مات قبله أم بعده، صدّقَ مَنْ قال: بعده؛ [١٣٠٤ / أ]؛ لأن الأصلَ دوامُ الحياة. وإنْ أقاما بَـيِّنتين، قُدِّمت بيِّنةُ مَنْ قال: قبلَه؛ لأن معها زيادةَ عِلْمٍ.

فَرْعٌ: مات عن زوجةٍ وأولادٍ، فقالوا لها: كنتِ أَمَةً، فَعَتَقت بعد موتِه، أَو ذِمِّية، فأسْلمَت بعد موته، فقالت: بل عَتَقْتُ، وأسلمْتُ قبلَه، فهم المصدَّقون.

وإنْ قالت: لم أَزَلْ حُرَّةً مسلمةً، فهي المصدَّقةُ؛ لأنَّ الظاهِر معها. وفي قول: تصدَّقُ في الحرِّية دونَ الإسلامِ. وَخُرِّجَ قولٌ: أَنَّ الأولادَ يصدَّقون؛ لأنَّ الأصْلَ عَدَمُ وراثتها.

المسألةُ الثالثةُ: سيِّدٌ قال لعبدِهِ: إنْ قتلتُ، فأنتَ حُرٌّ، وتنازَعَ بعدَه العبدُ والوارِثُ، وأقام العبدُ بيِّنةً أنه قُتِلَ، والوارثُ بيِّنةً أنه مات حَتْفَ أنفه، فقولانِ.

أظهرهما: تقدَّم بيِّنةُ العبدِ، ومنهم مَنْ قطع به؛ لأن معها زيادةَ عِلْم بالقَتْل.

والثاني: يتعارَضان؛ للمنافاة بينهما. فعلىٰ هٰذا: إنْ قلنا بالسقوط، فكأنه لا بيِّنةَ، فيحلف الوارثُ ويستمرُّ الرقُّ. وإنْ قلنا بالقسمِ: عَتَقَ نصفُهُ، أو بالقُرْعة إنْ خرجَتْ له، ورَقَّ إنْ خرجت للوارث، ولا يخفىٰ الوقْفُ.

وإذا قدَّمنا بيِّنةَ القتلِ، فلا قصاصَ؛ لأنَّ الوارثَ يُنكره.

وإنْ قال: إنْ مُتُّ في رمضانَ فعبدي حُرٌّ، وأقام العبدُ بيِّنةً أنه مات في رمضَانَ، والوارثُ بيِّنةً أنه مات في شوَّال، فعلىٰ القولين.

أحدهما: التعارُضُ.

وأظهرهما: تقدَّمُ بَـيِّنةُ العبد؛ لزيادةِ العلْم بحدوثِ الموت في رمضَانَ.

وقال المُزَنِيُّ: تقدَّمُ بَـيِّنةُ الوارثِ؛ لأن معها زيادةَ عِلْمٍ، وهي بقاءُ الحياةِ إلىٰ

شوَّال . ومن حَقِّه أَنْ يطردَ في نظائِر[1] المسألة السابقةِ واللاَّحقة .

ولو أقامَ الوارثُ البيِّنةَ أنه مات في شعبانَ، فالقياسُ مجيءُ الخلافِ وانعكاس القولِ الثاني، وقول المُزَنيِّ .

ولو حكمَ القاضي بشهادة شاهدَي رمضانَ، ثم شهد آخَرُ أنه مات في شوَّال، فهل ينقضُ الحكم، ويجعلُ كما لو شهدت البيِّنتان معاً ؟ خَرَّجَهُ ابْنُ سُرَيْجٍ علىٰ قولَين، كما لو بانَ فِسْقُ الشهود بعد الحكْمِ .

فَرْعٌ: قال لسالمٍ: إِنْ مُتُّ في رمضانَ، فأنتَ حُرٌّ، ولغانِمٍ: إِنْ مُتُّ في شوَّال، فأنت [حرٌّ]، وأقـامَ كُلُّ واحدٍ بيِّنَةً تقتضي حُرِّيَتَهُ، فقولانِ .

أحدُهما: لا ؛ للتعارض .

والثاني: تقدَّم بيِّنةُ سالِمٍ؛ لأَنَّ معها زيادةَ علمٍ، وهي حدوثُ الموتِ في رمضانَ .

وقال المزنيُّ، وابْنُ سُرَيْجٍ : تقدَّمُ بيِّنةُ غانِم .

فإنْ قلنا بالتعارُض، فعلىٰ السقوط : يَرِقُّ العبدانِ، وعلىٰ القسمة : يَعْتِقُ من كُلِّ عبدٍ نِصفُهُ .

ولو قال لسالم : إِنْ مُتُّ من مرضي، فأنتَ حُرٌّ، وقال لغانم : إِنْ برئتُ منه، فأنتَ حُرٌّ، وأقامَ سالمٌ بيِّنةً بموتِهِ، وغانمٌ بيِّنةً بِبُرْئِهِ، فهل تقدَّم بيِّنةُ سالمٍ، أم غانمٍ، أم يتعارَضانِ ؟ أوجُهٌ، أَصحُّها[2] : الثالث، فيكون علىٰ الخلاف السابق في التعارُض .

وقيل : إذا وجدَ التعارضُ في مثل هـٰذا غُلِّبَت الحريَّة .

قلتُ: معنىٰ تغليبها أنه لا يحكمُ بسقوط البَـيِّنتين . **واللهُ أعلمُ** .

فَصْلٌ: مَن ادّعىٰ وراثةَ شخص، وطلبَ تركته، أو شيئاً [منها]، فليبيِّنْ جهةَ الوراثة من بُـنُوَّة [١٣٠٤ / ب] أو أُخُوَّة، وغيرِهما . وذكر السَّرْخَسِيُّ : أن المذهبَ أنه لا يكفي لطلبِ التركةِ ذكرُ الجهة ؛ بل يذكرُ معها الوراثةَ، فيقول : أنا أخوهُ ووارِثه .

---

(١) في (أ)، والمطبوع : « نظائره ».

(٢) في المطبوع : « أصحهما ».

وإذا شهدَ عدلانِ من أهل الخبرة بباطِنِ حالِ الميتِ أَنَّ هـٰذا ابنه، لا يعرفُ له وارثاً سواه، دُفعَتْ إليه التركةُ.

وإنْ شَهِدا لصاحب فَرْض، دُفِعَ إليه فرضُهُ، ولا يطالبان بضَمِين.

وذكر الفُوْرَانِيُّ أنه يشترطُ هنا ثلاثةُ شهود، كما ذكره في شهادةِ الإفلاسِ. والصحيحُ المعروف: الأولُ.

وإذا لم يكنِ الشهودُ مِنْ أهل الخبرة، أو كانوا من أهلها، ولم يقولوا: لا نعلمُ له وارثاً سواه، فالمشهودُ له إِمَّا أَنْ لا يكون له سهم مقدَّرٌ، وإمَّا أَنْ يكونَ.

القسمُ الأول: أَنْ لا يكونَ، فلا يعطىٰ شيئاً في الحالِ؛ بل يبحثُ القاضي عن حالِ الميتِ في البلاد التي سكنها، أو طَرَقَها، فيكتب إليها للاستكشافِ[١]، أو يأمر مَنْ ينادي فيها: إنَّ فلاناً مات، فإنْ كان له وارثٌ، فَلْيأتِ القاضي، أو ليبعَثْ إليه. فإذا بحث مدةً يغلبُ علىٰ الظن في مثلها أنه لو كان له وارثٌ هناك، لَظَهَرَ، ولم يظهَرْ، دفعَ المال إلىٰ المشهود له.

وحكىٰ السَّرْخَسِيُّ قولاً: أنه لا يدفعُ [إليه].

وقيل: إنْ كان مِمَّنْ لا يحجبُ كالابن، دفعَ إليه، وإنْ كان يحجبُ كالأخ، فلا، والمذهبُ: الأولُ. وإذا[٢] دفعَ إليه، فهل يؤخذُ منه ضَمِينٌ؟ قولانِ.

أحدُهما: يجبُ.

وأظهرهما: لا يجبُ، لـٰكن يستحبُّ.

وقيل: لا يجب قطعاً.

وقيل: إنْ كان يحجبُ، وجبَ، وإلاَّ، فلا.

وقيل: إن كان ثقةً موسِراً، لم يجِبْ، وإلاَّ، فيجبُ.

القِسْمُ الثَّاني: أَنْ يكونَ له سهم مُقَدَّرٌ، فإنْ كان مِمَّن لا يُحْجَبُ، دفعَ إليه أقلّ فرضه عائِلاً مِنْ غير بحث، فالزوجةُ تعطىٰ رُبُعَ الثُّمنِ عائلاً؛ لاحتمالِ أبوَين،

---

(١) في المطبوع: « الاستكشاف ».
(٢) في المطبوع: « وإنْ ».

وبنتَين، وأربعِ زوجاتٍ، والزوجُ يعطىٰ الربُعَ عائِلاً؛ لاحتمال أبوَين وبنتَين معه، والأبُ السدُسَ عائلاً علىٰ تقدير أبوَين، وبنتَين وزوجٍ أو زوجةٍ، وللأمِّ السدُس عائلاً علىٰ تقدير أختَين لأب، وأُختين لأم، وزوجٍ أو زوجة معها.

ولو حضرَ مع الزوجة ابْنٌ، أعطيت رُبُعَ الثُّمن غيرَ عائل؛ لأن المسألة لا تعول إذا كان فيها ابْنٌ.

ثم إذا بحثَ، ولم يظهَرْ غيرُ المشهود له، أُعطيَ تمامَ حقِّه، وفيه وجه: أنه لا يعطىٰ تمامَ حقِّه إلاَّ أَنْ تقومَ بينةٌ بخلاف الأخِ؛ فإنه لو لم يعطَ شيئاً، لصارَ مَحروماً بالكلِّيَّة، والصحيح: الأولُ. ولا يؤخذُ ضَمِينٌ للمتيقّن، وفي أخذه للزيادة[1] الخلاف.

وإنْ كان مِمَّن يُحْجَبُ، لم يُعْطَ شيئاً قبل البحثِ، وبعدَ البحثِ يُعطىٰ علىٰ الصحيح، وفيه الوجهُ السابقُ فيمَن له سهم مقدَّرٌ، وهو ممَّن يُحْجَبُ.

ولو قطعَ الشهودُ؛ بأنه لا وارثَ له سواه، فقد أخطؤوا بالقطع في غيرِ موضعِهِ، ولا تبطل به شهادتهم.

ولو قالوا: هـٰذا ابنُهُ، ولم يذكروا كونَه وارثه، فقد أطلقَ البغويُّ[2] أنه لا يحكمُ بشهادتهم؛ لأنه قد يكونُ ابناً غيرَ وارثٍ، وجعلَ العراقيون هـٰذه الصورةَ، كما لو لم يكنِ الشهودُ مِنْ أهل الخِبرة الباطنة، أو كانوا ولم يقولوا: لا وارثَ سواه، وقالوا: ينزعُ المال من يَدِ مَنْ هو في يده [١٣٠٥ / أ] بهـٰذه الشهادة، ويدفعُ المال إليه بعد البحث المذكورِ، ونقلوا عن ابْـنِ سُرَيْـجٍ فيما إذا شهدوا بأنه أخوه ولم يذكروا الوِرَاثة؛ أنه لا يُعطىٰ شيئاً بعد البحث، لأنَّ الابنَ لا يَحْجُبُهُ غيرُهُ، فقرابَتُهُ مُورِثةٌ، والأخُ يَحْجُبُهُ غيرُه، فقرابَتُهُ غيرُ مُورِثة بمجرَّدها.

وذكر الإمامُ في الابن ما ذكره العراقيُّون، وحكىٰ في الأخِ وجهَين، فحصل فيهما وجهانِ[3].

---

(١) في المطبوع: « الزيادة ».

(٢) انظر: (التهذيب: ٨ / ٣٣٦).

(٣) انظر: (نهاية المطلب: ١٩ / ١٤٠ ـ ١٤١).

فَرْعٌ: لو قالوا: لا نعرفُ له في البلد وارثاً سواه، لم يُعْطَ شيئاً، ولا يصحُّ الضمان المذكور حتّىٰ يدفعَ إليه المال.

الطرف الرابع: في العِتْقِ والوصيَّةِ:

من الأصول الممهّدة أَن مَنْ أَعْتَقَ في مرض موتِهِ عبدَين، كُلُّ واحدٍ منهما ثُلُثُ مالِهِ علىٰ الترتيب، ولم تُجزِ الورثَةُ، ينحصرُ العتقُ في الأول، وإنْ أعتقَهما معاً، أقرعَ، فإنْ علمَ سبق أحدهما، ولم يعلم عينه، فهل يقرعُ بينهما، أم يعتقُ مِنْ كُلِّ واحدٍ نِصْفه ؟ قولانِ.

أظهرُهما: الثاني، ورجَّحَ جماعةٌ الأولَ.

ولو علمَ عَين السابق، ثم جُهلت، فقيل بطرْدِ القولين، والمذهبُ: القطع بأنه يعتقُ من كُلِّ عبد نِصْفه.

ولو عَلَّقَ عِتْقَ عبدَين بالموت، أو أوصىٰ بِعِتْقهما ومات، وكُلُّ واحدٍ ثلُثُ مالِهِ، أقرعَ، سواءٌ وقعَ التعليقانِ، أو الوصيّتان معاً، أو مرتَّباً.

ولو قامت بَـيِّنةٌ أنَّ المريض أَعْتَقَ سالماً، وبيّنةٌ أنه أعتقَ غانماً، وكلُّ واحدٍ ثلُث ماله، فإنْ أرّختا تاريخاً مختلفاً، عتقَ مَنْ أعتقَهُ أولاً، وإنِ اتَّحَدَ تاريخُهما، أقرعَ، وإنْ أطلقَتْ إحداهُما، ففي « التهذيب »: أنَهُ يقرعُ؛ لاحتمالِ الترتيبِ والمعيَّة.

وقال جماعة، منهم: الإمامُ، والغزاليُّ: احتمالُ الترتيبِ أَقربُ، وأغلبُ مِن احتمالِ المعيَّة، والسابِقُ منهما غيرُ معلوم.

وإذا كان كذٰلك، وتعارضَتا، وأَطْلقتا، عَرَفنا أَنَّ [أَحَدَ] العِتْقَين[1] سابق، ولم نعرفْهُ بعَينه، فيجيءُ القولانِ في أنه يقرعُ بينهما، أم يعتقُ مِنْ كُلِّ عبدٍ نِصْفه ؟

ومِنْ فروع القولَين: ما لو قامت البَـيِّنتان كذلكَ، لكنْ أَحَدُ العبدَين سدُسُ المالِ، فإن قلنا بالقُرعة، فخرجَتْ للعبد الخَسيس، عَتَقَ، وعَتَقَ معه نصفُ الآخَر، ليكملَ الثُلث.

وإنْ خرجَتْ للنَّفيسِ، عَتَقَ وحدَه، وإنْ قلنا هناك: يَعْتِقُ مِنْ كلِّ واحد نصفُهُ، فهاهنا وجهانِ.

---

(١) في المطبوع: « الصنفين »، وفي(فتح العزيز: ١٣ / ٢٧٣): « المُعْتَقين ».

الصحيح، وبه قطع الأكثرون: يَعْتِقُ مِنْ كل واحدٍ ثُلُثاه، كما لو أوصىٰ لرجل بثلُث ماله، ولآخرَ بسدُسه، أعطي كُلُّ واحدٍ ثُلُـثَي ما أوصىٰ له به.

والثاني: يَعْتِقُ من النفيس ثلاثةُ أرباعه، ومن الخسيس نصفُهُ؛ لأنه إنْ سبقَ عتقُ النفيس، عَتَقَ كُلُّهُ، وإنْ سبقَ الخسيس، فنصفُ النفيس بعدَه حُرٌّ، فأَحَدُ نصفَيه حُرٌّ علىٰ التقديرَين، والنزاعُ في النصفِ الثاني، وهو قَدْرُ سدُس المال، فيقسمُ بينهما، فيعتقُ من النفيس رُبُعٌ آخَرُ، ومِنَ الخسيس نصفُه.

ولو قامت بَـيِّنتان بتعليقِ عِتْقِ عبدَين بالموتِ أو بالوصيَّة بإعتاقهما، وكُلُّ واحِدٍ ثلُثُ المالِ، ولم تُجزِ الورثَةُ، أُقرعَ بينهما، سواء أطلقتِ البَـيِّنتان أَم[1] أُرِّختا؛ لأنَّ المعلَّقين بالموت كالواقعين معاً في المرض. هـٰذا هو المذهبُ. وقيل: قولان.

أحدهما: يقرعُ.

والثاني: يعتقُ مِنْ كُلِّ عبد نِصْفه.

فَصْلٌ: لا فرقَ في شُهود العِتْق والوصيَّة بين أن يكونوا [١٣٠٥ / ب] أجانبَ، أو مِنْ ورثةِ المشهودِ عليه.

فلو شهد أجنبيَّانِ أنه أوصىٰ بعتقِ غانِمٍ، وهو ثلُثُ ماله، وشهدَ وارثانِ أنه رجعَ عن تلك الوصيَّة، وأوصىٰ بعتق سالمٍ وهو ثلُثُ مالِهِ أيضاً، قُبلَتْ شهادتُهما علىٰ الرجوعِ عن الوصيَّة الأولىٰ، وتثبتُ بها الوصيةُ الثانيةُ؛ لأنهما أثبتا للرجوع بدلاً يساويه، فارتفعتِ التُّهمة عنهما، ولا نَظَرَ إلىٰ تبديل الوَلاءِ؛ لأن الثاني قد لا يكون أَهدىٰ لجَمْع المالِ، وقد لا يورَثُ بالوَلاء، ومجرَّدُ هـٰذا الاحتمالِ، لو رُدَّتْ به الشهادةُ، لما قُبلَتْ شهادةُ قريبٍ لمن يرثُهُ.

هـٰذا إذا كان الوارثانِ عَدْلَين، فإنْ كانا فاسِقَين، لم يثبتِ الرجوعُ بقولهما، فيحكمُ بعتقِ غانمٍ بشهادةِ الأجنبيَّين، ويعتقُ من سالم قَدْر ما يحتملُهُ ثلُث الباقي من المال بعد غانم، وهو الثلثانِ، وكأن غانماً هَلَكَ، أو غصب من التركةِ. فإنْ قال الوارثانِ: أوصىٰ بعتق سالم، ولم يتعرَّضا للرجوعِ عن عتقِ غانم، فالحكمُ كما سبق فيما لو كانتِ البَـيِّنتانِ أجانبَ، فالمذهبُ القُرعة.

---

(١) في (أ)، والمطبوع: « أو ».

وقيل: قولان، ثانيهما: يعتقُ من كلِّ عبدٍ نِصْفه.

ولو كانت المسألةُ بحالها، لكنْ سالمٌ سدُسُ المالِ، فالوارثانِ متَّهمانِ بردِّ العِتْق مِنَ الثلُث إلىٰ السدُس، فلا تقبلُ شهادتُهما في الرجوع في النصفِ الذي لم يُثْبِتا له بَدَلاً. وفي الباقي الخلافُ في تبعيضِ الشهادة، فإنْ قلنا: لا تُبَعَّض[1]، وبه أجاب الشافعيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ في هـٰذه المسألة، رُدَّتْ شهادتُهما فيه أيضاً، ويَعْتِقُ العبدانِ؛ الأولُ: بشهادة الأجانبِ، والثاني: بإقرارِ الورثَةِ، فإنْ لم يكونا جائزَين، عتقَ منه قَدْر ما يستحقانِهِ، فإنْ قلنا: تُبَعَّض، عَتَقَ نصفُ الأول، وكُلُّ الثاني.

وحُكي وجه: أن الرجوعَ لا يتبعَّض، فإذا لم يثبُتْ في البعض، لم يثبُتْ في الباقي، فتبقىٰ الشهادة بالوصيّة بعتقِ العبدَين، فيقرعُ، كما سبقَ.

وهـٰذا الخلافُ إذا لم يكن في التركة وصيَّةٌ أُخرىٰ.

فإنْ كان أوصىٰ بثلُث ماله لرجل، وقامتِ البَـيِّنتان لغانِم وسالم كما ذكرنا، قُبلت شهادةُ الورثة بالرجوع عن وصيَّة غانِم؛ لأن للورثة رَدَّ الزيادة علىٰ الثلُث، فليس في الشهادة علىٰ الرجوع تُهمة، فيجعلُ الثلُث أثلاثاً بين الموصىٰ له بالثلث، وعِتْق سالم، فيُعطِي الموصىٰ له ثلثي[2] الثلُث، ويَعْتِقُ من سالم ثلثاه، وهو ثلثُ الثلُث، هـٰكذا ذكروه، لـٰكن رَدُّ[3] الزيادة علىٰ الثلُث لا يوجِبُ حرمانَ بعضِ أصحابِ الوصايا؛ بل يوزَّع عليهم الثلُث. وقَبُولُ شهادة الرجوع[4] يوجبُ إرقاقَ غانم، وحرمانَه، وهو محلُّ تُهمة؛ لتعلق الأغراضِ بأعيانِ العبيدِ.

فإن كان الوارثانِ فاسقَين، عَتَقَ غانمٌ بشهادة الأجنبيَّين، وعَتَقَ سالم بإقرارهما.

ولو كانت قيمةُ غانم سدُسَ المالِ، وسالمٌ ثلثَه، قُبل شهادُتهما علىٰ الرجوع عن وصيَّة غانم، وأعتقَ سالم.

---

(١) في المطبوع: « لا تبعيض ».
(٢) في المطبوع: « ثلث ».
(٣) في (ظ)، والمطبوع: « بردّ »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٢٧٧).
(٤) في المطبوع، وهامش (ظ): « الثلث » بدل: « الرجوع »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٢٧٧).

فإن كانا فاسقَين، عَتَقَ الأولُ، وعَتَقَ من سالم بقَدْرِ ثُلُث الباقي من المال، وهو خمسةُ أسداسِ سالمٍ، وكأن الأولَ تلفَ.

ولو شهدَ أجنبيّان أنه نجزَ عتق غانم في المرض، ووارثانِ أنه نجزَ عتق سالم، وكلٌّ منهما ثلثُ المال، نُظِرَ:

إنْ كذَّبَ الوارثانِ الأجنبيَّين وقالا: لم يعتق غانماً، وإنما عتق [١٣٠٦ / أ] سالماً، عَتَقَ العبدانِ، فإنْ لم يكونا جائزَين، عتقَ من سالم قَدْر حِصَّتهما، واستدرك بعضُ المتأخِّرين فقال: قياسُ ما سبقَ أَنْ لا يعتقَ من سالم إلَّا قَدْر ما يحتملُهُ ثلثُ الباقي مِنَ المال بعد عتقِ غانم، وكأَنَّ غانماً تلفَ، وهـٰذا حسن.

وإن لم يكذّباهما؛ بل قالا: أعتقَ سالماً، ولا يدرىٰ: هَل أعتقَ غانِماً أمْ لا ؟ فإن كان الوارثانِ عَدْلَين، فالحكمُ كما سبق فيما لو كان شهودُ العَبْدَين أجانب، وإنْ كانا فاسقَين، عتقَ غانم بشهادةِ الشهود. وأمَّا سالم، فقال الشيخ أبو حامد، وتابعَهُ كثيرونَ: يعتقُ منه نصفه إذا قلنا: يعتقُ من كل واحِد نصفه لو كانا عَدْلَين.

قال[1] ابن الصبَّاغ: هـٰذا سهو، وصوابُه أَنْ يعتق خُمُساه، وذكر توجيهه بطريق الجَبْر.

ولو شهد أجنبيَّان لغانم، ووارثانِ لسالمٍ كما ذكرنا، إلَّا أَنَّ سالماً سدُسُ المال، فإن كذّبَ الوارثانِ الأجنبيَّين، عتقا جميعاً، وإن لم يكذِّباهما، فإنْ كانا عَدْلَين، فهو كما لو كان شهودُ العبدَين أجانبَ، وقد سبقَ بيانُه.

وإن كانا فاسقَين، فنقل البغويُّ: أن الأول حُرٌّ بشهادة الأجنبيين، ويقرعُ بينهما. فإنْ خرجت القرعة له، انحصرَ العتقُ فيه، وإن خرجت للثاني، عتقَ الأولُ بالشهادة، وعتقَ من الثاني ثلُث ما بقي من المال بإقرار الوارثين.

قال: وقياسُ هـٰذا أن يقرعَ أيضاً إذا كان كُلُّ عبدٍ ثلثَ المال والوارثانِ فاسقان، وكأن هـٰذا جوابٌ علىٰ قولِ القُرعة فيما إذا كان الشهودُ كلُّهم أجانب، وما نقلناه عن الشيخ أبي حامد، وغيرِهِ علىٰ قول القِسْمة.

فَصْلٌ: شهد اثنان أن فلاناً الميتَ أوصىٰ لزيد بالثلُث، وآخرانِ أنه أوصىٰ لبَكْر

---

(١) في المطبوع: « وقال ».

بالثلُث، فالثُلث بينهما سواء، فإنْ قال الآخرانِ: رجعَ عن زيد، وأوصىٰ لبَكْر بالثلُث، سلّمَ له الثلث، ويستوي في شهادةِ الرجوع الوارثُ والأجنبيُّ إذا جرىٰ ذكر بدل.

ولو شهدَ آخرانِ أنه رجعَ عن وصية بَكْر أيضاً، وأوصىٰ بالثلُث لعمْرٍو، سلّمَ الثلث له. ولو شهد اثنان أنه أوصىٰ بالثلُث لزيد، واثنان أنه أوصىٰ لبَكْر، ثم شهدَ اثنانِ أنه رجعَ عن إحدىٰ الوصيَّتين؛ فإنْ عَيَّناً المرجوعَ عنها، ثبتَ الرجوعُ، وكان الثلثُ كلُّه للآخَر.

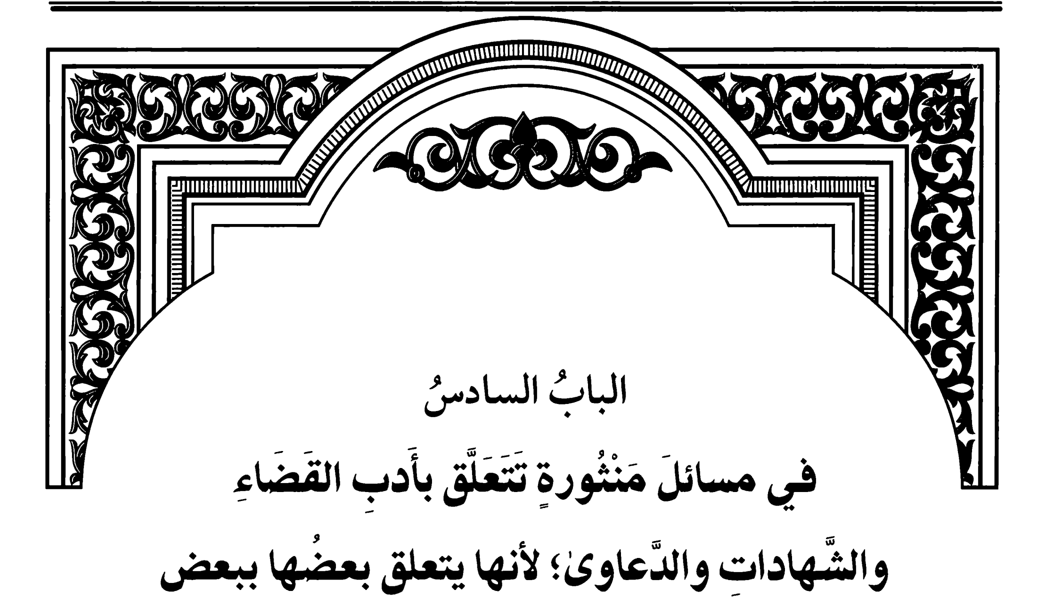
وقال ابْنُ القَطَّانِ: ليس للآخَر إلاَّ السدُس، وإنما يكون له الثلُث إذا ثبتَ أن وصيته وقعَتْ بعد الرجوع عن الوصيَّة الأخرىٰ. وإنْ لم يُعَيِّنا المرجوعَ عنها، نصَّ في « المختصر »: أن الثلثَ بينهما. واختلفَ في وجهه، فقال الجمهورُ: إبهامُ الشهادة بالرجوعُ يمنع قَبُولها، كما لو شهدَ أنه أوصىٰ لأحدِهما.

وقال القَفَّالُ: تقبلُ هٰذه الشهادةُ؛ لأن الوصيةَ تحتمل الإبهامَ، ويقسمُ الرجوع بينهما وكأنه رَدّ وصيَّة كُلِّ واحدٍ إلىٰ السدُس، وتظهر[1] فائدةُ الخلاف فيما لو شهدت بيِّنةٌ أنه أوصىٰ لزيد بالسدُس، وأخرىٰ لعَمْرو بالسدُس أيضاً، وأخرىٰ أنه رجعَ عن إحدىٰ الوصيَّتين، فعلىٰ قول الأكثرين: لا تقبلُ شهادة الرجوع المبهم، ويعطىٰ كُلُّ واحدٍ السدسَ الموصىٰ به.

وعلىٰ قول القَفَّال: تقبلُ وكأنه رجعَ عن نصفِ كُلِّ وصيةٍ، فيعطىٰ كُلُّ واحد منهما نصف سدُس [١٣٠٦ / ب].

✍ ✍ ✍

(١) في المطبوع: « فتظهر ».



البابُ السادسُ
في مسائلَ مَنْثُورةٍ تَتَعَلَّق بأَدبِ القَضاءِ والشَّهاداتِ والدَّعاوىٰ؛ لأنها يتعلق بعضُها ببعض

يومُ الجُمعة كغيره في إحضار الخَصْم مجلسَ الحُكم، لٰكن لا يحضرُ إذا صعدَ الخطيبُ المنبرَ حتَّىٰ يفرغَ من الصلاة، واليهوديُّ يحضرُ يومَ السبت، ويكسرُ عليه سَبْتَهُ.

شهدَ اثنان أنه غَصَبَ كذا، أو سَرَقَهُ غدوةً، وآخرانِ أنه غَصَبه، أو سَرَقَهُ عشيَّةً تعارَضَتا، ولا يحكمُ بواحدة منهما، بخلاف ما لو شهدَ واحِدٌ هٰكذا، وآخَرُ هٰكذا، حيثُ يحلفُ مع أحدهما، ويأخذُ الغُرْم؛ لأن الواحدَ ليس بحجَّة، فلا تعارُضَ.

شهد واحدٌ علىٰ إتلاف ثوبٍ قيمتُهُ رُبُعُ دينارٍ، وآخَرُ علىٰ إتلافِ ذٰلك الثوبِ بعينه، وقال: قيمتُهُ ثُمُن دينارٍ، يثبتُ الأقلُّ، وللمدَّعي أَنْ يحلفَ مع الآخَر.

ولو شهدَ بدلَ الواحدِ والواحدِ اثنانِ واثنانِ، ثبتَ الأقلُّ أيضاً، وتعارَضتا في الزيادة.

ولو شهد اثنان أن وزنَ الذهبِ الذي أتلفَهُ نصفُ دينار، وآخرانِ أن وزنَه دينارٌ، ثَبتَ الدينارُ؛ لأن مع شاهدَيه زيادةُ علم، بخلاف الشهادة علىٰ القيمةِ، فإنَّ مَدْرَكَها الاجتهادُ، وقد يقفُ شاهدُ القليل علىٰ عَيب.

ولو ادَّعىٰ عبداً في يد رجل، وأقامَ بيِّنةً أنه وَلَدُ أَمَتِهِ، لم يَقْضِ له بها، فقد تلدُ قبل أَنْ تملَّكها، فإن شهدَتْ أنه ولدُ أَمَته ولدَتْه في مِلْكه، فَنَصّ أنه يُقضىٰ له بهٰذه

البَيّنة، وبه قطعَ الجمهورُ، وخَرَّجَ ابْنُ سُرَيْجٍ قولاً؛ لأنها شهادةٌ بملكٍ سابِق، والمذهبُ: الأولُ؛ لأن النماءَ تابع للأصلِ.

ولو شهدوا أَنَّ هـٰذه الشاةَ نتجَتْ في مِلْكه، وهـٰذه الثمرة حصلَتْ في مِلْكه، فهو كقولهم: ولدَتْهُ أمتُهُ في مِلْكه، ولا يكفي نتاجُ شاتِهِ، وثمرُ شجرتِهِ.

ولو شهدوا أَنَّ هـٰذا الغَزْلَ مِنْ غزله، أو الفَرْخَ من بَيضه، أوالدقيقَ من حِنطته، أو الخبزَ من دقيقه، كفىٰ؛ لأن ذٰلك عَين ماله، تغيَّرت صفتُهُ، بخلاف وَلَدِ الجاريةِ والشاةِ.

ولو أقامَ بَـيِّنةً علىٰ رِقِّ شخص، وأقام المدَّعىٰ عليه بيِّنةً أنه حُرُّ الأصْل، فبيِّنة المدَّعي أَوْلىٰ؛ لأن معها زيادةَ علم، وهو إثباتُ الرقِّ.

ولو ادَّعىٰ دَيناً، وشهد به اثنانِ، لـٰكن قال أحدُهما متصلاً بشهادته: إنه قضاهُ، أو أُبرئَ منه، فشهادته باطلة؛ للتَّضَادِّ[(١)]، وإِنْ ذكره مفصولاً عن الشهادة، فإِنْ كان بعد الحكم لم يؤَثِّر. وللمدَّعىٰ عليه أَنْ يحلفَ معه علىٰ القضاءِ والإبراءِ.

وإنْ كان قبلَ الحُكم، سُئِلَ: متىٰ قضاهُ ؟ فإنْ قال: قبلَ أَنْ شهدت، فكذٰلك الجواب عند ابْنِ القاصِّ.

وذكر فيما إذا شهدَ علىٰ إقرارِه بالدَّين شاهدان، ثم عاد أحدُهما، وقال: قضاهُ، أو أبرأه بعدَ أَنْ شهدتُ؛ أَنَّ شهادتَه لا تَبْطُلُ؛ بل يحكمُ بالدَّين ويؤخذُ، إلاَّ أَنْ يحلفَ المدَّعىٰ عليه مع شاهدِ القضاءِ والإبراء. والفرقُ أَنَّ هناك شهدَ علىٰ نفسِ الحقِّ، والقضاءُ والإبراءُ ينافيانِهِ، فَبَطَلَتِ الشهادةُ، وهنا شهدَ علىٰ الإقرار، والقضاءُ والإبراءُ لا ينافيانِهِ، فلا تبطُلُ الشهادةُ.

وحُكي وجه: أن شهادَته علىٰ نفسِ الحقِ لا تَبْطُلُ أيضاً، والصحيح: الأول.

ويقربُ من هـٰذا الخلافِ، الخلافُ فيما لو ادَّعىٰ ألفاً، وشهد له [١٣٠٧ / أ] شاهدانِ بألفٍ مؤجَّل، لكِن قال أحدُهما: قَضَىٰ منه خمس مئةٍ، ففي وجهٍ: لا تصحُّ شهادتُهما، إلاَّ في خمس مئة، لـٰكن للمدَّعي أَنْ يحلفَ لباقي الألفِ مع الشاهِدِ الآخَر.

---

(١) في الأصول الخطية، والمطبوع: « للقضاء »، المثبت من (فتح العزيز: ١٣ / ٢٨٢)، وانظر: (التهذيب: ٨ / ٣٤٤).

وفي وجهٍ: تصحُّ شهادتُهما علىٰ الألف، وللمدَّعىٰ عليه أَنْ يحلفَ مع شاهدِ القضاءِ.

وفي وجهٍ ثالثٍ: لا يَـثْبُتُ بشهادتهما شيءٌ؛ لأنهما لم يتفقا علىٰ ما ادَّعاه.

ويقربُ منه قولانِ عن ابْنِ سُرَيْجٍ فيما لو شهدَ اثنانِ: أَنَّ فلاناً وكَّلَ فلاناً، ثم قال أحدُهما: عزلَهُ بعد أن شهدْتُ، ففي قول: تَبْطُلُ شهادتُهُ، وفي قول: تَمَّتْ[1] شهادة الوكالة، فيعملُ بها، والعزلُ لا يثبتُ بواحدٍ.

ادَّعَىٰ شريكانِ فأكثرُ حقّاً علىٰ رجل، فأنكرَ، يحلفُ لكلِّ واحدٍ يميناً، فإنْ رَضُوا[2] بيمينٍ واحدةٍ، ففي جوازه وجهان.

قلتُ: الأصحُّ: المنعُ. **واللهُ أعلمُ**.

ولو شهدَ اثنانِ أنه أوصىٰ بعتقِ غانم، وهو ثلثُ ماله، فحكمَ الحاكمُ بعتقهِ، ثم رجعا عن الشهادةِ، وشهدَ آخرانِ أنه أوصىٰ بعتقِ سالمٍ، وهو ثلُثُ ماله، ولم يُجِزِ الورثَةُ إلَّا الثلُثَ. قال البغويُّ: يقرعُ بينهما، فإنْ خرجَتِ [القرعةُ] للأولِ، رَقَّ الثاني، ويَغْرَمُ الراجعانِ قيمةَ الأول للورثة.

وإنْ خرجَتْ للثاني، عَتَقَ، ورَقَّ الأولُ، ولا غُرْمَ علىٰ الراجعين؛ لأنهما لم يُتْلفَاه[3].

قال: وعندي يَعْتِقُ الثاني بلا قُرعة، وعلىٰ الراجعينَ قيمةُ الأول للورثة.

ولو شهدَ رجل أنه وكَّله بكذا، وآخَرُ أنه فوَّضه إليه، أو سلَّطه عليه، ثبتت الوَكالة.

ولو شهدَ أحدُهما أنه قال. وكَّلتك بكذا، والآخَرُ أنه أَقَرَّ بوكالته، لم يثبُتْ شيء.

ولو شهدَ أحدُهما أنه وكَّله بالبيع، والآخَرُ أنه وكَّله بالبيع، وقبضِ الثَّمَنِ، ثبتَ البيعُ.

---

(١) في المطبوع: « تثبتُ »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٢٨٣).

(٢) في (ظ)، والمطبوع: « رضي »، وفي (فتح العزيز: ١٣ / ٢٨٣): « رضي الكُلُّ ».

(٣) في المطبوع: « يتلقياه ».

ولو ادَّعىٰ رجلٌ علىٰ رجل أنه اشترىٰ منه هـٰذا العبدَ، ونَقَدَهُ الثمنَ، وأعتقَهُ، وأقام به بَـيِّنةً، وادَّعىٰ آخَرُ أنه اشتراهُ ونَقَدَ الثمنَ، وأقام به بيِّنةً، تعارضتا، وذِكْرُ العتقِ لا يقتضي ترجيحاً علىٰ الصحيح.

وقيل: يرجّحُ؛ لأن العتقَ كالقبض.

نصَّ في « الأم » أنه لو ادعىٰ دابةً في يد غيره، وأقام بيِّنةً أنها له منذ عَشْرِ سنينَ، فنظرَ[1] الحاكمُ في سِنِّها، فإذا لها ثلاثُ سنينَ فقط، لم يقبلِ الشهادة؛ لأنها كذِبٌ.

وأنَّ المُسَنَّاةَ[2] الحائِلةَ بين نهرِ شَخْصٍ، وأرضِ آخَرَ، يجعلُ بينهما كالجدار الحائل.

ولو ادعىٰ مئةَ درهمٍ علىٰ إنسان، فقال: قبضتُ خمسينَ، لم يكن مُقرّاً بالمئة، وكذا لو قال: قضيتُ[3] منها خمسينَ.

ولو اختلف الزوجانِ في متاع البيت، فإنْ كان لأحدِهما بيِّنةٌ، قُضِي بها، وإن لم يكن بيِّنةٌ، فما اختصَّ أحدهما باليد عليه؛ حِسّاً، أو حُكماً؛ بأَنْ كان في مِلْكه، فالقولُ قولُه فيه بيمينه، وما كان في يدِهما حِسّاً، أو في البيتِ الذي يَسْكُنانِهِ، فلكلِّ واحدٍ تحليفُ الآخر؛ فإنْ حَلَفا، جعلَ بينهما، وإن حلفَ أحدُهما دون الآخَر، قُضِي للحالف، وسواء اختلفا في دوام النّكاحِ، أم بعدَ الفراقِ، وسواءٌ اختلفا هما، أو ورثتهما، أو أحدُهما وورثة الآخَر، وسواء ما يصلحُ للزوج، كالسيفِ، والمِنْطقة، أو للزوجة، كالحليِّ والغزل، أو لَهُما.

ولو اختلف مالك الدارِ، وساكنها بالإجارة في متاع الدار، فالقولُ قولُ الساكِن، فإنْ تنازعا في رَفٍّ فيها، نُظِرَ:

إن كان مُسمراً أو مثبتاً، فالقولُ قولُ المالك، وإلاَّ فهو بينهما، نَصَّ عليه.

ولو تنازعا [١٣٠٧ / ب] أرضاً ولأحدِهما فيها زرعٌ، أو بناءٌ، أو غراسٌ، فهي في يده، أو دابةً، أو جاريةً حامِلاً، والحملُ لأحدهما بالاتفاق، فهي في يده، أو

---

(١) في المطبوع: « ونظر ».
(٢) المُسَنَّاةُ: حائط يبنىٰ في وجه الماء، ويسمَّىٰ: السدَّ (المصباح: س ن ن).
(٣) في (ظ): « قبضت ».

داراً، ولأحدِهما فيها متاعٌ، فهي في يده. فإن لم يكن المتاعُ إلاَّ في بيت، لم يجعلْ في يده إلاَّ ذٰلك البيت، هٰكذا ذكروه.

ولو تنازعا عبداً، ولأحدِهما عليه ثيابٌ، لم يجعلْ صاحب يد في العبد؛ لأنَّ منفعةَ الثوبِ الملبوسِ تعودُ إلىٰ العبد، لا إلىٰ المدَّعِي.

ولو قال رجل: استأجرتُ هٰذه الدارَ من زيدٍ سنةً في أول رمضانَ، وقال آخرُ: استأجرتُها منه سنةً من أولِ شوَّال، وأقامَ كُلُّ واحدٍ بيِّنةً، فقولان حكاهما الفُوْرَانِيُّ.

المشهور، وبه قطع البغويُّ، وغيرُه: تقدَّمُ بَـيِّنة رمضانَ؛ لسبْقِ تاريخها.

والثاني: بَـيِّنة شوال؛ لأنها ناسِخة، ويحتمل أنهما تقايَلا، واستأجرَ الثاني في شوَّال، ويجيءُ هٰذا في بَـيِّنتي البيعِ علىٰ ضعفِهِ.

قامت بيِّنةٌ أَنَّ هٰذا ابنه لا يعرفُ له وارثاً سواه، وبيِّنةٌ أن هٰذا الآخر ابنه لا يعرف له وارثاً سواه، ثبتَ نسبُهما، فلعلَّ كُلَّ بيِّنةٍ اطلعت علىٰ ما لم تطلِعْ عليه الأُخرىٰ.

فَصْلٌ: فيما جُمِعَ من « فتاوىٰ القَفَّال » وغيرِهِ، أَنَّ الضَّيْعَةَ إذا صارت معلومةً بثلاثةِ حدودٍ، جاز الاقتصارُ علىٰ ذكرها، وهٰذا خلاف ما سبق في « بابِ القضاءِ علىٰ الغائب » من إطلاقِ ابْنِ القَاصِّ.

قال القفَّال: لكنْ لو ذكرَ الشهودُ الحدود الأربعة وأخطؤوا في واحد، لم تصحَّ شهادتهم، فترْكُ الذكْرِ خيرٌ من الخطأ؛ لأنهم إذا أخطؤوا، لم يكن بتلك الحدود ضَيْعة في يد المدَّعىٰ عليه.

وإذا غلطَ المدَّعي، فقال المدَّعىٰ عليه: لا يلزمُني تسليمُ دارٍ بهٰذه الصفة، كان صادِقاً. وإذا حلفَ، كان بارّاً. وإن لم ينكِرْ، وقال: لا أمنعُهُ الدارَ التي يدَّعيها، سقطت دعوىٰ المدَّعي، فإن ذهبَ إلىٰ الدار التي في يده ليدخُلَها، فله أن يمنعَهُ، ويقولَ: هي غيرُ ما ادَّعيتَ.

فأمَّا إذا أصابَ في الحدُود، فقال: لا أمنعكَ منها، فليس له المنعُ إذا ذهبَ ليدخُلَها، فإن قال: ظننتُ أَنه غَلِطَ في الحدود، لم يقبَلْ، وإنْ قال: إنما قلتُ: لا أمنعكَ؛ لأن الدار لم تكن في يدي يومئذ، وقد صارت في يدي ومِلْكي، قُبِلَ منه، وله المنعُ إذا حلف.

وفيه أَنَّ دعوىٰ العبد علىٰ سيدِهِ أنه أذن له في التجارة، لا تسمعُ إن لم يَشْتَرِ، ولم يَبِعْ شيئاً.

وإِنِ اشترىٰ ثوباً، وجاء البائعُ يطلب الثمنَ من كَسْبِهِ، فأنكر السيدُ الإذنَ، فللبائع أَنْ يحلِّفَه علىٰ نفي الإذنِ. فإن حلفَ، فللعبد أَنْ يحلِّفَه مرةً أخرىٰ، ليسقطَ الثَّمَن عن ذمته.

وإنْ باع العبدُ عيناً للسيد، وقبضَ الثمنَ، وتلفَ في يده، فطلب المشتري تلك العينَ، فقال السيدُ: لم آذَنْ له في البيع، حلفَ، فإنْ حَلَفَ، حكمَ ببطلان البيع، وللعبدِ تحليفهُ؛ لإسقاطِ الثمن[1] عن ذِمته.

وأنه لو ادَّعىٰ ألفاً، وأقام [به] شاهداً، وأراد أن يحلفَ معه، فأقام المدَّعىٰ عليه شاهداً بأن المدَّعِي أقرَّ أنه لا حقَّ [له] عليه، فللمدَّعَىٰ عليه أَنْ يحلفَ مع شاهده، فإذا حلفَ، سقطَتْ دعوىٰ المدَّعي.

وأنه يجوزُ للمالك أَنْ يَدَّعِي علىٰ الغائِب، وعلىٰ الغاصِب من الغاصِب، فإن ادَّعىٰ علىٰ الأول أنه يلزمُهُ رَدُّ الثوب بِصِفَةِ كذا، أو قيمته [١٣٠٨ / أ] كذا، فليس علىٰ الغاصب أَنْ يحلفَ أنه لا يلزمُهُ؛ لأنه إنْ قَدَرَ علىٰ الانتزاع، لزمَهُ الانتزاعُ والردُّ، وإلاَّ فعليه القيمةُ.

وأنهم لو شهدوا أنَّ هٰذه الدارَ اشتراها المدَّعي من فلان، وهو يملِكُها، ولم يقولوا: هي الآنَ مِلْكُ المدَّعي، ففي قَبُول شهادتهم قولان، كما لو شهدوا أنه كانت[2] مِلْكُه أمسِ، والمفهومُ من كلام الجمهور قَبُولُها.

وأنه لو ادَّعىٰ قِصاصاً، فاقتصَّ الحاكمُ بروايةِ راوٍ روىٰ حديثاً يوجِبُ القصاصَ في الواقعة، ثم رَجَعَ الراوي، وقال: كذَبْتُ وتعمَّدتُ، لم يجبِ القصاصُ عليه، بخلاف الشهادةِ؛ لأنَّ الروايةَ لا تختصُّ بالواقعة.

وأنه لو غصبَ المرهون مِنْ يد المرتهن، قال الراهنُ في دعواه علىٰ الغاصب: لي ثوبٌ كنتُ رهنتُهُ عند فلان، وغصبتُهُ منه، ويلزمُهُ الردُّ إليَّ. ولو اقتصرَ علىٰ قوله:

---

(١) في المطبوع: « والعبد يحلفه لإسقاطه الثمن »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٢٨٦).

(٢) في (ظ)، والمطبوع: « كان ».

لي عنده ثوبٌ، صفتُهُ كذا، ويلزمُهُ ردُّه إليَّ، جازَ، ولا بُعْدَ في قوله: يلزمُهُ ردُّه إليَّ؛ لأنَّ يدَ المرتهن يدُ الراهن. ولهٰذا لو نازعَه رجلٌ في المرهون، كان القولُ قول الراهن، وإن كان في يد المرتهن؛ لأنَّ يده يده.

وأن الغريبَ إذا دخل بلداً لا يجوزُ الشهادةُ بأنه حُرُّ الأصْلِ، إنما تجوزُ الشهادة أَنَّ فلاناً حُرُّ الأصْلِ إذا عرفَ حال أبيه وأمه، وعرفَ النكاح بينهما، وتجوزُ الشهادة به، وإِنْ لم يشاهد الولادة، كما تجوزُ الشهادة بأنه[1] ابن فلان.

وأنه لو ادَّعىٰ داراً في يد رجل، وأقامَ بيِّنةً أنه اشتراها منه، وأقامَ صاحبُ اليد بيِّنةً أنه وَهَبها له، ولم يتعرَّضا لتاريخ، تعارضتا. وتظهرُ فائدة اختلافهما إذا ظهرت مستحقّةً، أو مَعِيبةً، وأرادَ الردَّ، واستردادَ الثمن.

وأنه إذا[2] ادَّعىٰ داراً في يدِ شخصٍ، وأقام بيِّنةً أنها مِلْكُه، فادَّعاها آخَرُ، وأقام بيِّنةً أنه اشتراها مِنْ رجل آخَرَ، يومَ كذا، ولم يقولوا: إنه كان يَمْلِكها يومئذ، لكنْ أقامَ بَـيِّنةً أخرىٰ أنه كان يملكها يومئذ، سُمِعتا، وصارتا كبيِّنة، فيحصلُ التعارُض بينهما وبين بَـيِّنة المدَّعي الأولِ.

وأنه إذا ادّعىٰ داراً، وأقامَ بَيِّنةً أنها مِلْكه، وتسلَّمها، فادَّعاها آخَرُ بعد مدةٍ يسيرةٍ، أو طويلةٍ، وأقامَ بيِّنةً أنه اشتراها من المدَّعَىٰ عليه الذي كانت في يده، وكان يملِكُها يومئذ، قُضي بالدارِ لهٰذا الأخير، وكان كما لو أقامَ صاحِبُ اليدِ البيِّنةَ قبل الانتزاعِ منه.

وأنه[3] لو كان بيده دارٌ، فادَّعىٰ رجلٌ أنه اشتراها مِنْ ثالثٍ بعدما اشتراها الثالثُ من صاحبِ اليدِ، وأنكرَ صاحبُ اليد، فله أن يقيمَ بَـيِّنةً علىٰ البيعين، وله أَنْ يقيمَ علىٰ هٰذا بيِّنةً، وعلىٰ هٰذا بيِّنةً، ولا بأسَ بالتقديم والتأخير.

وأنَّ الشهودَ إذا أرادوا أداءَ الشهادة بشراء دار، تبدَّلت حدودُها بعد الشراء، قالوا: اشترىٰ داراً من وقتِ كذا من فلان، وهو يَمْلِكُها، وكان يومئذ ينتهي أحدُ حدُودها إلىٰ كذا، والباقي إلىٰ كذا، ثم المدَّعي يقيمُ بيِّنةً بكيفيَّة التبدُّل.

---

(١) في (ظ): « أنه ».
(٢) كلمة: « إذا » ساقطة من المطبوع.
(٣) في المطبوع: « فإنه ».

وأنه لو ادَّعىٰ داراً في يد رجلٍ، وأقام بيِّنةً أنها مِلْكُهُ، فقال القاضي: عرفتُ هٰذه الدارَ مِلْكاً لفلان، وقد ماتَ، وانتقلَتْ إلىٰ وارثه، فأقِمْ بيِّنةً علىٰ مِلْكِكَ منه، فله ذٰلك، وتندفعُ بَـيِّنَتهُ. وليكن هٰذا جواباً علىٰ أنه يَقْضي بعلمه.

وأنه لو ادَّعىٰ داراً في يد [١٣٠٨ / ب] رجلٍ، فقال المدَّعىٰ عليه: ليستِ الدارُ في يدي، ولا أحولُ بينكَ وبينها، فقد أسقط الدعوىٰ عن نفسه، فيذهبُ المدَّعي إلىٰ الدار، فإنْ لم يدفَعْهُ أحد، فذاكَ، وإنْ دُفِعَ، ادّعىٰ علىٰ الدَّافعِ[١]، فلو قال المدَّعي: إنه يكذِبُ في قوله: ليسَتْ في يدي، ولا أَحُولُ، لم يلتفتْ إليه.

وأنه لو باع داراً، فقامت بيِّنةُ الحِسْبة أَنَّ أبا البائع وَقَفَها، وهو يملِكُها، علىٰ ابنه البائع، ثم علىٰ أولاده، ثم المساكين، نُزِعَتْ من المشتري، ويرجعُ بالثمن علىٰ البائع، والغَلَّةُ الحاصلة في حياة البائع تصرفُ إلىٰ البائع إنْ كذبَ نفسه، وصدّق الشهود، فإن أصرَّ علىٰ إنكارِ الوقف[٢]، لم تصرَفْ إليه؛ بل توقَفُ، فإذا ماتَ، صُرفَتْ إلىٰ أقربِ الناسِ إلىٰ الواقِف.

ولو ادعىٰ البائعُ أنه وقف، لم تُسمَعْ بيِّنتُهُ، والتقييد بالبَـيِّنة يشعرُ بسَماع دعواه، وتحليف خَصْمه.

وقال العراقيون: تُسمعُ بيِّنتُهُ أيضاً إذا لم يكن صَرَّحَ بأنه مِلكهُ؛ بل اقتصرَ علىٰ البيع.

وقال الرُّوْيَانِيُّ: لو باع شيئاً ثم قالَ بعد: وأنا لا أمْلِكُهُ، ثم مَلَكْتُه بالإرْثِ من فلان، فإن قال حين باعَ: هو مِلْكي، لم تسمَعْ دعواهُ، ولا بيِّنتُهُ.

وإنْ لم يَقُلْ ذٰلك؛ بلِ اقتصرَ علىٰ قول: بعتكَ، سُمِعَت دعواه، فإن لم يكن [له] بيِّنةٌ، حلفَ المشتري أنه باعه، وهو مِلْكُهُ.

قال: وقد نَصَّ عليه في « الأم »، وغلطَ مَنْ قال غيرَه، وكذا لو ادّعىٰ أنَّ المبيعَ وقْفٌ عليه.

فَصْلٌ: في « فَتَاوىٰ القاضِي حُسَين » رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أنه لو ادَّعىٰ عليه عَشَرَة، فقال:

---

(١) في المطبوع: « الدفع ».

(٢) في المطبوع: « الوقت »، تحريف.



لا يلزمُني تسليمُ هـٰذا المالَ اليومَ، لا يجعلُ مُقِرّاً؛ لأن الإقرارَ لا يثبُتُ بالمفهوم.

وأنَّ بَـيِّنَتي المِلْكِ والوَقْفِ تتعارضان(١) كبَـيِّنَـتَي المِلْكِ.

وأنه لو ماتت، وخلَّفت زوجاً وأخاً وأختانِ، فادَّعىٰ الزوجُ أَنَّ المتاعَ كُلَّه له، جعلَ نصفين: أحدهما للزوج بحُكم اليد، والثاني للميتة، ويحلفُ الزوجُ علىٰ النصفِ الذي يجعلُ له باليد، كما لو كانت حيَّةً، فادَّعتِ الكُلَّ، فإنْ كان الأخُ غائباً والأختُ حاضرةٌ، حلف لها، فإذا حضرَ، حلفَ له، فإنْ أقامتِ الأختُ بَـيِّنةً أَنَّ الكُلَّ لها ولأخيها، سُمعت، وثبتَ حَقُّ الأخ.

وأن مَنْ حبسه القاضي، لا يجوزُ إطلاقُهُ إلاَّ برضَا خَصْمِه، أو ثبوتِ إعدامه، فإنْ ثَبَتَ، أطلقَه، وإنْ لم يَرْضَ خصمُهُ.

وإذا أطلقَه برضا الخصمِ، فأرادَ إقامةَ بَيِّنةٍ بإعدامِهِ، لم تُسمع؛ لأنه لا حبسَ عليه، والحالةُ هـٰذه، بخلاف ما إذا استحقّ حبسه.

وأن حَقَّ إجراءِ الماءِ علىٰ سطحِهِ، أو أرضِهِ، أو طَرحَ الثَّلْج في مِلْكه، يجوزُ الشهادة به إذا رآه مدةً طويلة بلا مانع، ولا يكفي قولُ الشهود: رأينا ذٰلك سنينَ، وإنْ كان ذٰلك مُستند شهادتهم.

فَصْلٌ: سئلَ الشيخُ أبو إسحاق الشِّيرازيُّ، رَحِمَهُ ٱللَّهُ عن رجلَين تنازَعَا داراً، فأقام أحدُهما بيّنةً أنها مِلْكه، وادَّعىٰ الآخَرُ أنها وَقْفٌ عليه، ولم يُقِمْ بيّنةً، فحكمَ القاضي لمدَّعي المِلْك، ثم ادَّعىٰ آخَرُ وقْفَها، فأقام مدَّعي المِلْكِ بيّنةً علىٰ حكمِ القاضي له بالمِلك، وأقام مدَّعي الوقفِ بيّنةً بالوقف، فرجَّح الحاكم بيّنَةَ المِلك؛ ذهاباً إلىٰ أَنَّ المِلكَ الذي حكمَ به تقدَّم علىٰ الوقف [١٣٠٩ / أ] الذي لم يحكمْ به.

ثم تنازعَ مُدَّعي الملكِ، وآخَرُ يدَّعي وقفيَّتها، فأقامَ مُدَّعي الملك بيّنةً لحكمِ الحاكمِ له بالمِلك، وتقديمِ جانبِهِ، وأقامَ الآخَرُ بيّنةً بأَنَّ الوقْفَ الذي يدَّعيه قضيَ بصحته قبل الحكمِ بالملكِ، وبترجيحه علىٰ الوقف، هل يرتدُّ حكمُ الحاكمِ بذٰلك؟ فقال: نَعَمْ، يقدّمُ الحكم بالوقف علىٰ الحكم بالمِلْكِ وينقض الحكم بالوقف الحكم بالملك.

---

(١) في (ظ): « تتعارضا ».

وسئلَ عَمَّنِ اشترىٰ ضَيْعةً، وبقيت في يده مدةً، فخرجت وقْفاً، وانتُزِعَتْ، فقال: عليه أجرةُ المثلِ للمدّة التي كانت في يده.

وعن رجل وقف مِلْكاً، وأَقرَّ أَنَّ حاكماً حكم بصحته، ولم يسمّ الحاكم ولا عينه، ثم رجعَ عنه ورفعَ الأمر إلىٰ حاكم يرىٰ جوازَ الرجوع، فهل له الحكمُ بنفوذ الرجوعِ ؟ قال: لا.

فَصْلٌ: في « فَتَاوىٰ الغزالي »: أنه لو ادَّعىٰ داراً في يدِ غيرِه، فقال المدَّعَىٰ عليه: اشتريتُها من زيد، فأقام المدَّعي بيِّنةً علىٰ إقرارِ زيدٍ له بها قبلَ البيع، فأقامَ المدَّعَىٰ عليه بيِّنةً علىٰ إقرارِ المدَّعي لزيد بها قَبْلَ[1] البيع، وجهلَ التاريخ، قُرِّرت الدارُ في يد المدَّعَىٰ عليه.

وأنه إذا خرجَ المبيعُ مستحقّاً، فادّعىٰ المشتري علىٰ البائع وقال: سلمتُهُ[2] إليه في مجلس العقدِ، فأنكرَ، وأرادَ إقامةَ البيِّنة بأنه لم يقبِضْ منه شيئاً في مجلسِ العقدِ، لم تُسمَعْ هٰذه البيِّنةُ؛ لأنها تشهدُ بالنفي، وإنما تسمعُ البيِّنةُ بالنفي في مواضِع الحاجة، كالإعسارِ. وقد يقعُ التسليمُ في غفلةٍ ولحظة يسيرة.

وأنها إذا ادَّعت أنه نَـكَحها وطلَّقها، وطلبت نصفَ المهر، أو أنها زوجةُ فلانٍ الميتِ، وطلبتِ الإرثَ، فمقصودُها[3] المال، فيثبتُ برجلٍ وامرأتَين، وبشاهدٍ ويمينٍ.

فَصْلٌ: في « فَتَاوَىٰ البَغَويِّ »: أنه لو ادّعىٰ نكاحَها، فأقرَّتْ بأنها زوجتُهُ منذ سنةٍ، ثم أقامَ آخَرُ بيِّنةً أنها زوجتُهُ نكَحَها من شهر، حكمَ للمقرّ له؛ لأنه ثبتَ بإقرارها النكاح الأول، فما لم يثبُتِ الطلاق، لا حكمَ للنكاح الثاني.

وأنه لو تحاكمَ رجلٌ وامرأةٌ بِكْرٌ إلىٰ فقيهٍ ليزوِّجها به، وجوَّزْنا التحكيمَ فيه، فقال المحكَّم: حَكَّمتني[4] لأزوِّجكِ بهٰذا ؟ فسكتَتْ، كان سكوتُها إذناً، كما لو استأذنها الوليُّ فسكتَتْ.

---

(١) في المطبوع: « قبيل ».

(٢) في المطبوع: « سلمت ».

(٣) في المطبوع: « فمقصودهم ».

(٤) في (أ): « حكمتيني ». وإثباتُ الياء في هٰذه الصورة صحيح فصيح، وعليه شواهد من الحديث النبوي الشريف.

وأنه لو حضرَ عند القاضي رجلٌ وامرأةٌ، واستَدْعَتْ تزويجَها به، وقالت: كنتُ زوجةَ فلان فطلَّقني، أو ماتَ عني، لا يزوِّجها ما لم يقم حُجَّة بالطلاقِ، أو الموتِ.

فَصْلٌ: عن ابْنِ القاصِّ: أَنَّ مَنْ أنكرَ الحَلِفَ بالطلقاتِ الثلاثِ يحلفُ أنه ما قال لها: إنْ دخلت الدار، فأنتِ طالق ثلاثاً، ولا هي بائنٌ منه بثلاث.

وقال الشيخ أبو زيد: يكفيه أنها لم تَبِنْ منه بثلاثٍ. ووجه الأول أنه قد يحلفُ متأوِّلاً علىٰ مذهبِ الحَجَّاجِ بْنِ أَرْطاةَ [1] وتابعيه: أَنَّ الثلاثَ لا تقعُ مجموعةً، أو علىٰ تصحيح الدور.

ويجوز أَنْ يقالَ: إِنْ قال: لم تَبِنْ مني، حلفَ عليه، وإنْ قال: لم أحلِفْ بطلاقها، حلفَ عليه.

حكىٰ الهَرَويُّ عن العَبَّادِيِّ[2]: أَنَّ منِ ادَّعىٰ عليه وديعةً، فقال: لا يلزمُني دفعُ شيء إليه، لا يكونُ هـٰذا جواباً، لأنَّ المودع لا دفعَ عليه، إنما يلزمُهُ التخليةُ، والجوابُ الصحيحُ أَنْ ينكرَ أصلَ الإيداع، أو يقول: هلكَ في يدي، أو رَدَدتُهُ [١٣٠٩ / ب]، وهـٰذا يخالفُ كلامَ الأصحاب، ألا تراهم يقولونَ: مَنْ جَحَدَ الوديعةَ فقامت بيِّنةٌ بالإيداع، فادَّعىٰ تلفاً أو رَدّاً قبل الجُحود، نُظِرَ:

إنْ كانت صيغةُ جَحْدِه إنكارَ أصلِ الوديعة أم قال: لا يلزمُني تسليمُ شيء إليكَ، فإمَّا أَنْ يقدرَ خلاف، أو يؤولَ ما أطلقوه.

قلتُ: الذي قاله العَبَّاديُّ[3] صحيحٌ، وتأويلُ كلامِهم متعيّنٌ، وهو أنهم أرادوا: إذا جرىٰ منه هـٰذا اللفظ، فحكمُه كذا؛ لأنَّ القاضي يقنعُ منه بهـٰذا الجواب مع طلبِ الخصمِ الجواب. **والله أعلمُ.**

---

(١) هوأبو أرطاة، الحجاج بن أرْطاة النَّخَعي الكوفي، الفقيه، أحد الأئمة في الحديث والفقه، وهو من تابعي التابعين. استفتي وهو ابن ست عشرة سنة، وولي قضاء البصرة، توفي بخراسان أو بالرَّي سنة (١٤٥ هـ). اتفقوا علىٰ أنه مدلِّسٌ، وضعّفه الجمهور، فلم يحتجوا به، ووثقه شعبة وقليلون، وكان بارعاً في الحفظ والعلم. له ترجمة في (تهذيب الأسماء واللغات: ١ / ٣٨١ ـ ٣٨٢).

(٢) هو أبو عاصم العبَّادي. انظر: (النجم الوهاج: ١٠ / ٤٠٧).

(٣) في (أ)، وهامش (ظ)، والمطبوع: « ابن القاصّ ». قال الدميري في (النجم الوهَّاج: ١٠ / ٤٠٧): « بعد نقل كلام الإمام النووي هـٰذا: (وتعبيره بابن القاصّ سَبْقُ قلمٍ) ».

وأنه إذا أقامَ بيِّنةً بأنه أجيرُ فلانٍ؛ لحفظِ سفينته هـٰذه بدينار، وأقامَ صاحبُ السفينة بيِّنةً أنه أجرَهُ إياها بدينار، تعارضتا.

وأنه لو شهدَ عليه اثنان بالقتل في وقتٍ معيَّن، وآخران أنه لم يَقْتُلْ في ذٰلك الوقت؛ لأنه كان معنا، ولم يَغِبْ عَنّا، تعارضَتا، وقد سبقَ من نظائِرِ هـٰذا ما يخالفُهُ.

قلتُ: يعني: أَنَّ البيِّنةَ الثانيةَ شهدت بالنفي، وقد سبقَ أَنَّ شهادةَ النفي لا تقبلُ إلَّا في مواضِعِ الضرورة، كالإعسار. هـٰذا مراد الرافعي هنا، وقد تقدَّم في الفصل السابق عن « فَتاوىٰ الغزالي » ما يوافقه، ولـٰكنه ضعيفٌ مردودٌ؛ بل الصوابُ أن النفي إذا كان في محصور يَحْصُلُ العلمُ به، قُبلت الشهادة به، وقد سبقَ ذكري لهـٰذه المسألة في « الشَهادات ». **واللهُ أعلمُ**.

وأَنَّ مَنْ أراد أَنْ يَدَّعي، ويقيمَ البَيِّنة من غير أَنْ يعترفَ للمدَّعىٰ عليه باليد، فطريقهُ أَنْ يقول: الموضِعُ الفلاني مِلْكي، وهـٰذا يمنعني منه؛ تعدِّياً، فَمُرْهُ يمكِّني منه.

وأنه لو شهدَ شاهدانِ أَنَّ الكلْبَ وَلَغَ في هـٰذا الإناءِ، ولم يَلِغْ في ذاكَ، وآخرانِ بضدِّه، تعارضَتَا، فلو لم يقولوا: ولم[1] يَلِغْ في ذاكَ[2]، فالإناءانِ نجسانِ، وهـٰذه شهادةٌ علىٰ إثباتٍ ونفي.

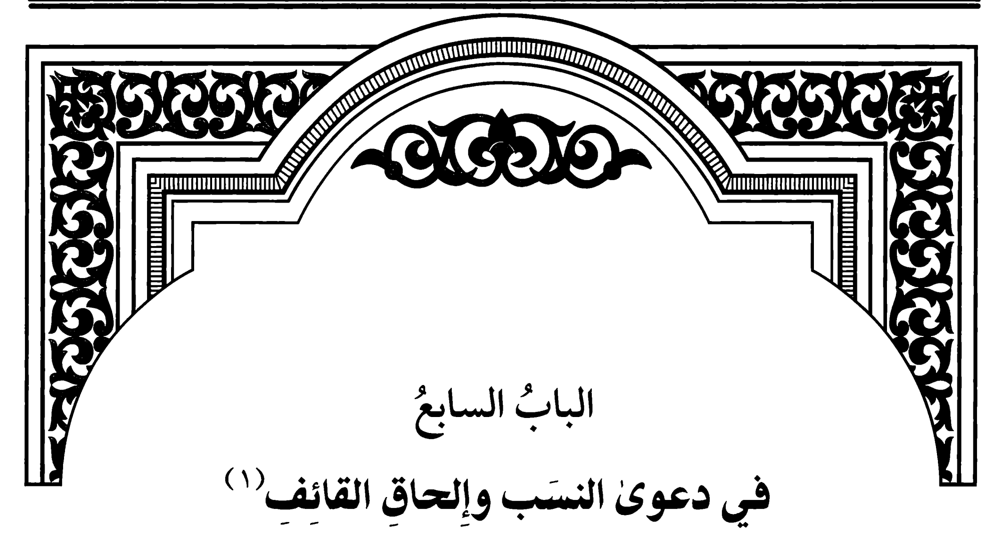
ويمكنُ التعارضُ بلا نفي؛ بأَنْ يعيِّنا وقتاً، لا يمكنُ فيه إلَّا ولوغُ واحدٍ.

قلتُ: هـٰذه المسألة ذكرتُها في « كتاب الطهارة » مستوفاةً مختصرةً، وفي هـٰذا الذي ذكره العبَّاديُّ فيها من إثبات التعارُض تصريحٌ بقَبول شهادةِ النفي في المحصور، كما سبقَ قريباً. **واللهُ أعلمُ**.

✍ ✍ ✍

(١) في المطبوع: « لم » بدون « الواو ».
(٢) في (أ)، والمطبوع: « ذٰلك ».





البابُ السابعُ
في دعوىٰ النسَب وإلحاقِ القائِفِ(١)

مقصودُ الباب الكلامُ في القَائِفِ وشَرْطِه، وأَمَّا(٢) الاستلحاقُ وشروطهُ، فسبقَ ذكرُه في « كتاب الإقرار » و« اللَّقيط ».

وفي البابِ ثلاثةُ أركانٍ:

الأول: المستلحقُ:

وقد سبقَ في « كتاب اللَّقيط » أن المذهبَ صحةُ استلحاقِ العبدِ والعتيق دونَ المرأة علىٰ الأصحِّ، وسبقَ هناك جُمَلٌ مِنْ أحْكامِهِ(٣).

الركنُ الثاني: الملحِقُ:

وهو القائِف، وليكن فيه صِفَاتٌ، بعضُها واجب قطعاً، وبعضُها مختَلف فيه، فيشترطُ فيه أهليَّة الشهادة، فيكون مُسلماً، بالغاً، عاقلاً، عَدْلاً، والأصحُّ اشتراطُ حرِّيته وذُكورته، وأنه يكفي واحدٌ، ونصّ عليه.

وقيل: يشترطُ اثنانِ.

---

(١) القائف لغةً: متتبع الآثار، وشرعاً: من يلحق النسب بغيره عند الاشتباه بما خصه الله تعالىٰ به من علم بذٰلك (مغني المحتاج: ٤ / ٤٨٨).

(٢) في المطبوع: « أما » بدون « الواو ».

(٣) في المطبوع: « أركانه ».

وأنه لا يشترطُ كونُهُ من بني[1] مُدْلِجٍ[2][١٣١٠ / أ]؛ بل يجوزُ من سائرِ العربِ، ومن العَجَم.

قال ابْنُ كَجٍّ: ولا يجوز أن يكون أعمًى، ولا أخرسَ.

قال: ولو كان ابن أحدِ المتداعيين، فألحقه بغير أبيه، قُبلَ، وإِنْ ألحقه بأبيه، لم يقبَلْ.

ولو كان عدوّ أحدهما، فألحقَه به، قُبِلَ. وإِنْ ألحقَه بالآخَر، فلا؛ لأنه كالشهادة علىٰ العدوِّ. ولو كان القاضي قائفاً، فهل يَقضي بعلمه ؟ فيه الخلافُ في القضاء بعلمه.

ويشترطُ كونُه مُجَرَّباً[3]. وكيفيَّة التجربةِ: أَنْ يعرَضَ عليه وَلَدٌ في نِسوةٍ ليس فيهنَّ أمُّهُ، ثم في نِسوةٍ ليس فيهنَّ أُمُّهُ، ثم في نِسوةٍ ليس فيهنَّ أُمُّهُ[4]، فإذا أصابَ في الكُلِّ، صارَ مُجَرَّباً، وقُبِلَ قولُه بعد ذٰلك.

وهل تختصُّ التجربةُ بالأمِّ، أم يجوزُ أَنْ يعرضَ عليه المولودُ مع أبيهِ في رجال ؟ وجهانِ.

الأصحُّ المنصوصُ: الثاني، وبه قطع العراقيون وغيرُهم، لٰكن العرض مع الأمِّ أَوْلىٰ. وأَمَّا تكرارُ العَرْض ثلاثاً، فقد جعلَه الشيخُ أبو حامد وأصحابُه شرطاً. وقيل: يكفي مرَّةً.

وقال الإمامُ[5]: لا معنىٰ لاعتبارِ الثلاثِ؛ بل المعتبرُ غلبَةُ الظنِّ؛ بأَنَّ قوله[6] عن خِبرة، لا عن اتفاق، وهٰذا قد يحصلُ بدون الثلاثة.

---

(١) كلمة: « بني » ليست في المطبوع.

(٢) بني مُدْلج: ينسبون إلىٰ مُدْلِـج بن مُرةَ بن عبد مناة بن كنانة، جدٌّ جاهليٌّ، بنوه من كنانة، من عدنان، منهم القافة الذين يلحقون الأولاد بالآباء (اللباب: ٣ / ١٨٣)، و(الأعلام: ٧ / ١٩٧).

(٣) مُجَرَّباً: **المجرَّبُ**: هو الذي جربته الأمور وأحكمته، وقال ابن سِيْدَه: المجرَّب الذي اختبر ما عنده (النجم الوهاج: ١٠ / ٤٥٣).

(٤) في (فتح العزيز: ١٣ / ٢٩٦) زيادة: « ثم في صنفٍ رابع فيهنّ أُمُّه ».

(٥) انظر: (نهاية المطلب: ١٩ / ١٨٣ ـ ١٨٤).

(٦) في المطبوع: « بأقواله » بدل: « بأنَّ قوله ».



وإذا حصلت التجربةُ، اعتمدْنا إلحاقه، ولا تجدَّدُ التجربةُ لكلِّ إلحاقٍ.

الركنُ الثالثُ: الولد المُلْحَقُ، ويعرَضُ علىٰ القائف في موضعين.

أحدهما: أن يتنازعَ اثنانِ مولوداً مجهولاً مِنْ لَقِيطٍ أو[1] غيره، فيعرضُ علىٰ القائِف كما سبق في « اللقيط ».

والثاني: أَنْ يشتركَ اثنان، فأكثرُ في وطءِ امرأة، فتأتي بولدٍ لزمان يمكنُ كونه منهما، ويدَّعيه كُلٌّ منهما فيعرَض علىٰ القائِف. ويتصوَّر الاشتراكُ في الوطء علىٰ الوجه المذكور من وجوهٍ.

منها: أَنْ يطأها كُلٌّ منهما بالشُّبهة؛ بأن يجدَها بفراشهِ، فيظنّها زوجتَه، أو أَمَتَهُ، فلو كانت في نكاحٍ صحيحٍ، فوطئت بشُبهة، فوجهانِ، قال القاضي أبو الطيِّب، وابْنُ الصبَّاغ: يلحقُ الولدُ بالزوج؛ لأنها فراشُهُ، والفراشُ أقوىٰ من الشُّبهة، كما لو طلَّقها وانقضَتْ عِدَّتها، ونكَحت، وولدَت تلحقُ بالثاني وإنْ أمكنَ كونُه من الأَولِ؛ لأنها فراشُ الثاني، والأصحُّ علىٰ ما ذكره الرُّوياني وغيره، وبه قطع الإمامُ[2]: أنه يُعْرَضُ علىٰ القائف، ويكونُ لمن ألحقَه به، بخلاف صورة الاستشهادِ؛ لأنَّ العِدَّة أمارةٌ ظاهرةٌ في البراءة عن الأولِ، وهنا بخلافِهِ.

ومنها: أَنْ يطأ زوجته في نكاح صحيحٍ، ثم يُطلِّقها[3]، فيطأها آخَرُ بشُبهة، أو في نكاحٍ فاسدٍ؛ بأَنْ ينكحَها في العِدَّة جاهلاً بها.

ومنها: أَنْ يطأها اثنانِ في نكاحَين فاسدَين، وأَنْ يطأ الشريكانِ المشترَكةَ، وأَنْ يطأ أمتَهُ، ويبيعَها، فيطأها المشتري، ولا يستبرئُ واحدٌ منهما.

فإذا وطئَ اثنانِ في بعضِ هٰذه الصور في طُهر، فولدَتْهُ لما بين أربعِ سنينَ وستةِ أشهرٍ مِنْ الوطأَين، وادَّعياه جميعاً، عُرِضَ علىٰ القائِف، فإنْ تخلَّلَ بينَ الوطأَين حَيضة، فهي أمارةٌ ظاهرة في حُصول البراءة عن الأول، فينقطع تعلّقه، إلاَّ أَنْ يكونَ

---

(١) في المطبوع: « أن » بدل « أو ».

(٢) انظر: (نهاية المطلب: ١٩ / ١٨٠).

(٣) في (ظ)، والمطبوع: « ثم طلَّقها ».

الأولُ زوجاً في نكاح صحيح، والثاني واطِئاً بشُبهة أو في[1] نكاح فاسد، فلا ينقطع تعلُّقُ الأولِ؛ لأنَّ إمكانَ الوطء مع فراش النكاح قائِمٌ مَقَامَ نفسِ الوطء، والإمكان حاصل بعد الحيضة [١٣١٠ / ب].

وإنْ كان الأولُ زوجاً في نكاح فاسد، ففي انقطاع تعلُّقه بتخلُّل الحَيضة قولان.

أظهرُهما: الانقطاعُ؛ لأن المرأة لا تَصيرُ فراشاً في النكاحِ الفاسِدِ إلَّا بحقيقة الوطء، وسواءٌ كان المتنازعانِ والواطئانِ مسلمين وحُرَّين، أو مختلفي الحال.

فَصْلٌ: لو استلحقَ صبيّاً في يده، أَوْلا في يدِهِ، فبلغَ، وانتفىٰ منه، هل يندفعُ نسبُهُ ؟ فيه وجهانِ سبقَا في « الإقرار » و« اللَّقيط ».

فإنِ استلحقَ بالغاً، فأنكرَ، فقد سبق أنه لا يلحقُهُ.

وإلحاقُ القائفِ والحالةُ هـٰذه ليس بحجَّةٍ.

فلو سكتَ البالغُ، فقد ذكر الغزاليُّ أنه يلحقه القائِف، وهـٰذا لم أجدْهُ لغيره إذا لم يكن هناك إلَّا واحدٌ يدَّعيه[2]، لـٰكن لو ادَّعاه اثنانِ في موضعِ الاشتباهِ، فسكتَ، عُرِضَ علىٰ القائِف. فلو وافقَ أحدهما، لحقَه، ولا يقبلُ قول القائف بخلافه.

ولو ادعىٰ اثنان صبيّاً مجهولاً، ففيه تفصيلٌ سبق في « اللَّقيط ».

فَصْلٌ: ادَّعىٰ نسبَ مولودٍ علىٰ فراشِ غيرهِ بسبب وطءِ شُبهة، فإنْ قلنا: وطءُ الشبهة لا أثَرَ له إذا كانت المرأةُ فراشاً لزوج، والولدُ ملحَقٌ بالزوج، لم تُسْمَعْ دعواه. وإنْ قلنا: له أثَرٌ، لم يكفِ اتفاقُ الزوجَين عليه؛ بل لا بدَّ من البَـيِّنة علىٰ الوطء؛ لأن للولد حقّاً في النسب، واتفاقُهما ليس حُجَّةً عليه، فإذا قامتِ البيِّنةُ، عُرِضَ علىٰ القائف، فإن كان المدَّعي نَسَبه بالغاً، واعترفَ بجَرَيان وطءِ الشُّبهة، وجبَ أن يكفي.

وإذا استلحقَ مجهولاً، وله زوجةٌ، فأنكرَتْ ولادته، فهل يلحقها باستلحاقِهِ ؟ وجهانِ.

الصحيحُ: لا؛ لجواز كونه مِنْ وطءِ شُبهة، أو زوجةٍ أخرىٰ.

---

(١) كلمة: « في » ليست في المطبوع.

(٢) في المطبوع: « عليه » بدل: « يدَّعيه ».



ولو استلحق مجهولاً، وله زوجةٌ، فأنكرَتْ ولادته، واستلحقَتْهُ امرأةٌ لها زوج، فأنكرَه، فهل أُمُّهُ الأولىٰ أم الثانيةُ، أم يعرضُ علىٰ القائف فيلحقه بإحداهما ؟ فيه أوجُهٌ.

ولو كانت الصورةُ بحالها، وأقامَ كُلُّ واحدٍ بَيِّنةً، فهل بَيِّنتُهُ أَوْلىٰ مِنْ بَيِّنَتها، أم يتعارضانِ، أم يُعرضُ علىٰ القائف، فإن ألحقه بالرجل، لحقَهُ ولحقَ زوجته، وإن ألحقَه بالمرأة لحقَها دون زوجها ؟ فيه أربعةُ أوجه، حكاها الصَّيدلانيُّ عن ابْنِ سُرَيْجٍ.

فَصْلٌ: إذا لم يجدْ قائفاً، أو تَحَيَّرَ، أَوْ ألحقَهُ[1] بهما، أو نفاه عنهما، وَقَفناه حتَّىٰ يبلغَ، فإذا بلغَ أُمِرَ بالانتساب إلىٰ أحدِهما بحسَبِ الميلِ الذي يجدُه، فإنِ امتنعَ، حُبِسَ ليختارَ، وإذا اختارَ، كان اختيارُه كإلحاق القائِفِ.

وإنْ قال: لا أَجدُ ميلاً إلىٰ أحدِهما، بقي الأمرُ موقوفاً، ولا عبرةَ باختيارِهِ قبلَ البلوغ. وقيل: يخيَّر المميِّز، وقد سبق هٰذا في « اللَّقيط ».

ولو ألحقَهُ القائِف بأحدهما، ثم رجعَ، وألحقَه بالآخَر، أو ألحقَه بآخَر قائِفٌ آخَرُ، لم يقبَلْ قولُه علىٰ الصحيح.

وقيل: إذا ألحقَهُ قائِف بهٰذا، وآخَرُ بذاكَ، تعارضا، وصارَ كأَنْ لا قائِفَ.

وأنه إذا رجِعَ القائفُ، فإنْ كان بعد الحُكم بقولِهِ، لم يلتفَتْ إليه.

وإنْ رجَعَ قبلَه قُبِلَ رجوعُهُ، لٰكن لا يُقبلُ قولُه في حَقِّ الآخَرِ؛ لسقوط الثقةِ بقولِهِ ومعرفتِهِ.

فَرْعٌ: إذا ألحقَه بهما، قال القَفَّالُ: يُستدلُّ بذٰلك علىٰ أنه لا يعرفُ الصَّنْعةَ، فلا يُعْتَدُّ بقوله بعدَه حتَّىٰ يمضي زمانٌ يمكنُ التعلُّم فيه، فيمتحن حينئذ [١٣١١ / أ] ثم يعتمدُ.

فَرْعٌ: إذا كانا توءَمَين، فألحقَ القائِفُ أحدَهما بأحدِهما، والآخَر بالآخَر، فهو كما لو ألحقَ الواحد بهما.

---

(١) في المطبوع: « أو تحيّرا، وألحقه ».

فَرْعٌ: إذا انتسبَ المولودُ إلىٰ أحدِهما، ثبتَ نَسَبُهُ منه، ولا يقبَلُ رجوعُهُ، وإن انتسبَ إليهما، لغَا، وأُمِرَ بالانتسابِ إلىٰ أحدِهما.

ولو اختلف التوءمَانِ في الانتسابِ، لم يعتبرْ قولهما، فإن رجعَ أحدُهما إلىٰ قولِ الآخَر، قُبِلَ.

فَصْلٌ: إذا وطئا في طُهر، فأتَتْ بولدٍ يمكنُ كونُه منهما، فادَّعاه أحدُهما، وسكتَ الآخَر، أو أنكرَ، فقولانِ.

أحدُهما: يختصُّ بالمدَّعي، كَمَالٍ في يد اثنَين ادَّعاه أحدُهما دون الآخَر، يجعلُ له.

وأظهرُهما: يعرضُ علىٰ القائِف؛ لأن للولد حَقّاً في النَّسَبِ، فلا يسقطُ بالإنكار.

وإنْ أنكراه معاً، عُرِضَ ولا يضيّع نَسَبه[١].

فَرْعٌ: نفقةُ الولد إلىٰ أَنْ يعرضَ علىٰ القائف، وفي مدَّة التوقُّف إلىٰ الانتسابِ، تكونُ عليهما، فإذا ألحقَ بأحدِهما، رجعَ الآخرُ عليه بما أنفقَ، وهل تجبُ النفقةُ في حال الاجتنانِ؟ يُبنىٰ علىٰ أَنَّ الحَمْلَ هل يُعْلَمُ؟ إن قلنا: يُعْلَمُ، فَنَعَمْ، وإلاَّ، فلا؛ فإنْ أوجَبْناها، فكان أحدُهما زوجاً طلّقَ، والآخر وطِئَ بشُبهة، فإنْ قلنا: النفقةُ للحامل، فهي علىٰ المطلّق، وإنْ قلنا: للحَمْل، فعليهما حتَّىٰ يظهرَ الأمرُ.

وإن أوصىٰ للطفلِ في وقت التوقُّف، فليقبلاها جميعاً.

فَرْعٌ: إذا ماتَ الولدُ قبل العَرْضِ؛ فإن تغيَّرَ، فقد تعذَّرَ العَرْضُ، وإلاَّ، فإنْ دُفِنَ، لم يُنْبَشْ، وإلاَّ، فوجهانِ.

أصحُّهما: يعرضُ؛ لأن الشَّبَهَ لا يزول بالموت.

والثاني: لا؛ لأن القائِف قد يبني علىٰ الحركة والكلامِ ونحوِهما مما يَبْطُلُ بالموتِ.

(١) في المطبوع: « ولا تضييعَ لنسبه ».



ولو مات أحدُ المتداعِيين، عرضَ أبوه أو أخوه أو عمه مع الولد، ذكره البغويُّ[١].

فَرْعٌ: مِنَ الرُّعاة مَنْ يلتقطُ السِّخَالَ في الظُّلمة، ويضعُها في وعاءٍ، فإذا أصبحَ، ألقىٰ كُلَّ سَخْلَةٍ إلىٰ أُمها، ولا يخطئ؛ لمعرفتِهِ.

فقال الإِصْطَخْرِيُّ: يعملُ بقولِ هـٰذا الراعي إذا تنازعَا سَخْلَةً، والصحيح: المنعُ، وإنما تثبتُ القيافةُ في الآدميِّ؛ لشرفهِ، وحِفْظِ نَسَبِهِ[٢].

فَرْعٌ: لو ألحَقهُ قائِفٌ بأحدِهما بالأشباهِ الظاهرة، وآخَرُ بالآخَر بالأشباه الخفيَّة، كالخَلْق، وتشاكُلِ الأعضاءِ، فأيُّهما أَوْلىٰ ؟ وجهان.

أصحُّهما: الثاني.

ولو ادَّعاه مسلمٌ وذميٌّ، وأقامَ أحدُهما بـيِّنةً، تبعَهُ نَسَباً ودِيناً.

وإنْ ألحَقه القائِف بالذميِّ، تبعَه نَسَباً، لا دِيناً، ولا يجعلُ حضانَـتُهُ للذميِّ.

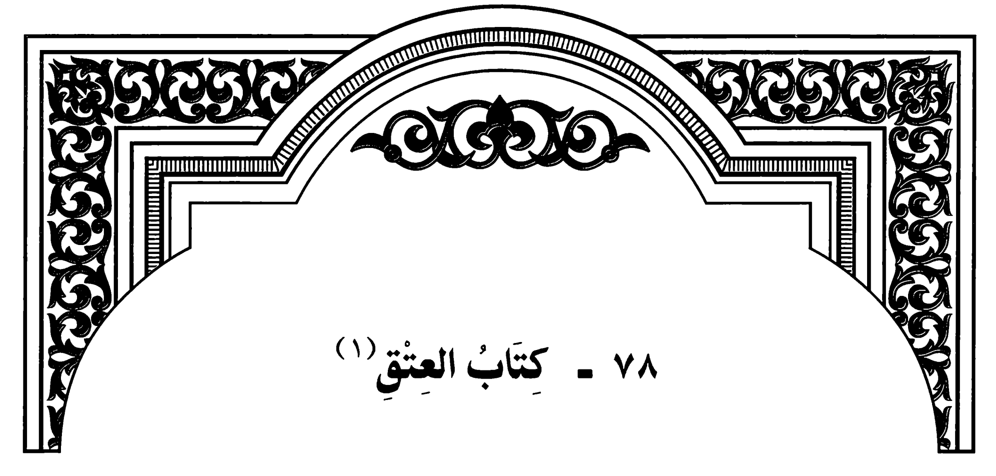
ولو ادعاه حُرٌّ وعبد، وألحقَه القائف بالعبدِ، ثبتَ النسَبُ، وكان حُرّاً؛ لاحتمالِ أنه ولدَ من حُرَّة. وباللهِ التوفيقُ.

✍ ✍ ✍

---

(١) انظر: (التهذيب: ٨ / ٣٤٨).

(٢) في المطبوع: « نفسه ».



٧٨ ـ كِتَابُ العِتْقِ(١)

تظاهرتِ النصوصُ والإجماعُ علىٰ أنه قُرْبَةٌ، ويصحُّ مِنْ كُلِّ مالكٍ مُطْلَقٍ(٢)، لا يصادِفُ إعتاقُهُ متعلّقَ حَقٍّ لازِمٍ لغيره، فلا يصحُّ إعتاقُ غيرِ مالكٍ إلاَّ بوَكالة، أو ولايةٍ، ولا إعتاقُ صبيٍّ ومجنونٍ ومَحْجورٍ عليه بسَفَهٍ.

وفي المحْجورِ عليه؛ لِفَلَسٍ، والراهن والعبد الجاني خلافٌ سبقَ في « التفليس »، و« الرهن » و« البيع ».

والمريضُ مرضَ الموت يعتبرُ إعتاقُهُ من الثلُث، ولا يصحُّ إعتاقُ الموقوفِ عليه الموقوفَ [١٣١١ / ب]، ويصحُّ إعتاقُ الذميِّ والحربيِّ.

وإذا أسلم عتيقُ الكافر، فولاؤُه ثابتٌ عليه.

ويصحُّ العتقُ بالصريح والـكناية.

أمَّا الصريحُ؛ فالتحريرُ والإعتاقُ صريحانِ، فإذا قال له: أنتَ حُرٌّ، أو مُحَرَّرٌ، أو أحررْتُكَ، أَو أنت عتيقٌ، أو معتَقٌ، أو أعتقكَ، عَتَقَ، وإنْ لم يَنْوِ، ولا أثَرَ للخطأ في التذكير والتأنيث؛ بأَنْ يقول للعبد: أنتِ حرةٌ، أو للأمة: أنتَ حُرٌّ.

وفكُّ الرقبة صريحٌ علىٰ الأصحِّ.

---

(١) **العِتْق**: بمعنىٰ الإعتاق، وهو لغةً: مأخوذ من قولهم: عتق الفرسُ: إذا سبقَ، وعتقَ الفَرْخُ: إذا طار واستقلَّ، فكأنَّ العبدَ إذا فك من الرقِّ خلص واستقلَّ.

وشرعاً: هو إسقاط الملكِ عن الآدميِّ تقرباً إلىٰ الله تعالىٰ. انظر: (مغني المحتاج: ٤ / ٤٩١)، و(النجم الوهَّاج: ١٠ / ٤٦١).

(٢) في (فتح العزيز: ١٣ / ٣٠٥): « مكلّف » بدل: « مطلق ».

والكناية كقوله: لا مِلْكَ لي عليكَ، أو لا سبيلَ، أو لا سلطانَ، أو لا يَدَ، أو لا أَمْرَ، أو لا خِدْمةَ، أو أَزَلْتُ مِلْكي عنكَ، أو حَرَّمْتُكَ، أو أنت سائِبة، أو أنتَ لله.

وصرائحُ الطلاق وكناياتُهُ كلُّها كناياتٌ في العتقِ.

وقولُهُ: أنت عليَّ كَظهْرِ أُمي كنايةٌ علىٰ الأصحِّ؛ لاقتضائِه التحريمَ، كقوله: حرمتك.

ولو قال: وهبتكَ نفسكَ، ونوىٰ العتقَ، عَتَقَ. وإنْ[1] نوىٰ التمليكَ، فعلىٰ ما سنذكره إنْ شاءَ الله تعالىٰ في قوله: بعتكَ نفسك.

ولو كانت أمتُهُ تُسمَّىٰ قبل جريانِ الرقِّ عليها حُرَّة، فقال لها: يا حُرَّةُ! فإن لم يخطرْ له النداءُ باسمها القديم، عَتَقَتْ، وإنْ قصدَ نِداءها، لم تَعْتقْ علىٰ الأصحِّ، وقيل: تَعتقُ؛ لأنه صريح.

ولو كان اسمُها في الحال حُرَّة، أو اسم العبد حُرّ أو عَتيق، فإنْ قصدَ النداءَ، لم يَعْتقْ. وكذا إنْ أطلقَ علىٰ الأصحِّ.

وفي «فَتَاوَىٰ الغزالي»: أنه لو اجتاز بالمَكَّاس[2]، فخاف أن يطالبه بالمَكْسِ عن عبده، فقال: إنه حُرٌّ ليس بعبد، وقَصَدَ الإخبارَ، لم يَعْتِقْ فيما بينه وبين الله تعالىٰ، وهو كاذِب في خَبره. ومُقتضىٰ هـٰذا أنه لا يقبلُ ظاهراً.

وأنه لو قال: افْرُغْ من هـٰذا العملِ قبل العِشاء، وأنتَ حُرٌّ، وقال: أردتُ: حُرٌّ من العملِ دون العتقِ[3]، دُيِّنَ، ولا يقبلُ ظاهراً.

وأنه لو زاحَمَتْهُ امرأة في طريق، فقال: تأخَّري، يا حُرَّةُ! فبانَتْ أَمَتُهُ، لم تَعْتِقْ.

ولو قال لعبدٍ: يا مولايَ! فكنايةٌ.

ولو قال له: يا سيِّدي! فقال القاضي حُسَين، والغزاليُّ: هو لَغْوٌ. قال الإمامُ[4]: الذي أراه أنه كِنايةٌ.

---

(١) في المطبوع: «فإن».
(٢) **المكَّاس**: صاحبُ الضريبة.
(٣) قوله: «دون العتق» ساقط من المطبوع.
(٤) انظر: (نهاية المطلب: ١٩ / ٢٥١).



فَرْعٌ: قال لعبدِ غيرِه: أنتَ حُرٌّ، فهـٰذا إقرارٌ بحرِّيته، وهو باطل في الحال. فلو ملكَهُ، حكَمْنا بِعتقه؛ مؤاخذةً له بإقراره.

ولو قال لعبد الغيرِ: « قد أعتقتُكَ »، قال الغزالي: إنْ ذكره في مَعرض الإنشاءِ، فلغْوٌ، أو في معرضِ الإقرارِ، فيؤاخَذُ به إنْ مَلَكَهُ. وقال القاضي حُسَين: هو إقرار؛ لأن « قد » يؤكد معنىٰ المضيِّ في الفعل الماضي.

قال الإمامُ[١]: ومُقتضىٰ كلامه: أن قولَهُ: « أَعتقتُكَ »[٢] بلا « قَدْ » لا يكون إقراراً وإنِ كانت الصيغةُ في الوضْع للماضي.

قال: وعندي لا فرقَ بينهما.

والوجْهُ أَن يراجَعَ ويحكمَ بموجب قولِهِ، فإنْ لم يُفَسّرْ، تُرِكَ.

وينبغي أن لا يُفرّقَ[٣] بين قوله: « أنتَ حُرٌّ »، وقوله: « أعتقْتُكَ ».

فَرْعٌ: يصحُّ تعليقُ العِتقِ بالصفاتِ، والإعتاق علىٰ عِوَض[٤].

ولو قال: « جعلْتُ عتقَكَ إليكَ »، أو « حَرَّرْتُكَ »، ونوىٰ تفويضَ العِتْقِ إليه، فأعتقَ نفسَه في الحال، عَتَقَ.

ولو قال: « أعتقتك علىٰ كذا »، فقبلَ في الحالِ، أو قال العبدُ: اعْتِقْني علىٰ كذا، فأجابَه، عَتَقَ، وعليه ما التزمَ.

ولو قال: أعتقتُكَ علىٰ كذا إلىٰ شهر، فقبلَ، عَتَقَ في الحال، والعوَضُ مؤجَّلٌ.

ولو أعتقَه علىٰ خَمرٍ، أو خِنزير، عَتَقَ، وعليه قيمتُهُ. وكذا لو قال [١٣١٢ / أ]: أعتقتُكَ علىٰ أَنْ تخدمَني، ولم يبيِّنْ مدةً، أو تخدمني أبداً.

ولو قال: علىٰ أن تخدمَني شهراً، أو تعملَ لي كذا، وبيَّنه، فَقبِلَ، عَتَقَ، وعليه ما التزمَ.

---

(١) انظر: (نهاية المطلب: ١٩ / ٢٠٢ ـ ٢٠٣).

(٢) في المطبوع: « أعتقك ».

(٣) في المطبوع: « فرق » بدل: « يفرق ».

(٤) في المطبوع زيادة: « قال ».

ولو خدمه نصفَ شهرٍ، ومات، فللسيِّد نصفُ قيمته في تركتِهِ.

فُرُوْعٌ أكثرُها عن ابْنِ سُرَيْجٍ، رحمَهُ اللهُ: إذا قال: أولُ مَنْ دخل الدار مِنْ عَبيدي، أو أيّ عبد من عبيدي دخلَ أولاً، فهو حُرٌّ، فدخل اثنانِ معاً، ثم ثالِث، لم يَعْتِقْ واحدٌ منهم. أما الثالثِ، فظاهِر، والاثنانِ لا يوصَفُ واحدٌ منهما بأنه أوَّل.

ولو كان اللَّفظُ والحالةُ هٰذه: أولُ مَنْ يدخلُ وحدَه، عَتَقَ الثالثُ.

ولو دخل واحِدٌ لا غير، فهل يَعْتِقُ؟ وجهانِ في «تعليقِ الشيخِ أبي حامد»: أصحُّهما: نَعَمْ.

ولو قال: آخِرُ مَنْ يدخلُ الدارَ من عبيدي حُرٌّ، فدخلَ بعضُهم بعد بعضٍ، لم يحكمْ بعتقِ واحدٍ منهم إلىٰ أَنْ يموتَ السيدُ، فيبين الآخَر.

ولو قال لعبده: إنْ لم أحُجَّ العامَ فأنتَ حُرٌّ، فمضىٰ العامُ، واختلفا في أنه حَجَّ، فأقامَ العبدُ [بيِّنةً] أنه كان بالكوفَة يومَ النَّحْر، عَتَقَ، خلافاً لأبي حنيفةَ، رحمَهُ اللهُ.

ولو قال لعبدَيه: إذا جاء الغدُ، فأحدُكما حُرٌّ، فجاء الغَدُ، عَتَقَ أحدُهما، وعليه التعيينُ.

فلو باعَ أحدَهما أو أعتقَهُ، أو ماتَ قبل مجيءِ الغدِ، وجاء الغَدُ، والآخَرُ في مِلْكه، لم يتعيَّنْ للعتقِ[1]؛ لأنه لا يملكُ حينئذ إعتاقَهما، فلا يملكُ إعتاقَ أحدِهما.

ولو باعهما، أو أحدَهما، ثم اشترىٰ مَنْ باع، وجاء الغدُ، وهما مِلْكُه، فعلىٰ الخلاف في عَوْدِ الحِنْث.

ولو باعَ نصفَ أحدِهما، وجاء الغدُ، وفي مِلْكه نصفُهُ الآخَرُ، فإليه التعيين، فإنْ عينَ مَنْ نصفُه له، وقعَ النظرُ في السِّراية.

ولو قال: إذا جاء الغدُ وأحدُكما في مِلْكي فهو حُرٌّ، فباعَ أحدَهما، ثم جاء الغدُ والآخَرُ في مِلْكه، عَتَقَ.

وإنْ باعَ أحدَهما ونصفَ الآخَر، وجاء الغدُ، لم يَعْتِقِ النصفُ الباقي؛ لأنه لم يَبْقَ كُلُّ أحدٍ منهما في مِلْكه.

---

(١) في المطبوع: «العتق».

فَصْلٌ: في خصائصِ العتقِ التي ينفردُ بها عن الطلاقِ، وهي خمسٌ.

الأولىٰ: السِّراية، فمن أعتقَ بعضَ مملوك، فإمَّا أَنْ يكونَ باقيه له، أو لغيرِه.

الحالة الأولىٰ: أَنْ يكونَ له، فيعتِقُ كُلُّه، كما في الطلاق، سواءٌ الموسِرُ والمعسِرُ.

ولو أضافَ إلىٰ عضو معيَّن، كيدٍ، ورجْلٍ، عَتَقَ كُلُّهُ، كالطلاق.

وفي كيفيةِ التكميلِ إذا أضافَ العتق إلىٰ الجزء الشائع وجهان.

أحدهما: يحصلُ في الجزء المسمَّىٰ، ثم يَسْري إلىٰ الباقي.

والثاني: يقعُ علىٰ الجميع دفعةً، ويكون إعتاقُ البعض عبارة عن إعتاقِ الكُلِّ.

وإنْ أضافه إلىٰ جُزء معيّن فوجهانِ مرتَّبان، وأَوْلىٰ بحصولِهِ دفعةً، وقد سبقَ هـٰذا الخلاف بتفاريعه في « الطلاق ».

ولو أعتقَ أَمَتَهُ الحامِلَ بمملوك له، عَتَقَ الحَمْلُ أيضاً، لا بالسِّراية؛ فإنَّ السِّرايةَ في الأَشْقاص، لا في الأشخاصِ؛ بل بطريق التبع كما يتبعها في البيع، إلاَّ أَنْ البيعَ يبطُلُ باستثنائه، والعتقُ لا يبطلُ؛ لقوَّته. ولهـٰذا لو استثنىٰ عضواً في البيع، بَطَلَ، بخلاف العتقِ.

ولو أعتقَ الحَمْلَ، عَتَقَ، ولم تعْتِقِ الأمُّ علىٰ الصحيح؛ لأنها لا تتبعُهُ.

وقال الأستاذ أبو إسحاق [الإسْفِرَاييني][1]: تَعْتِقُ بعتقه.

ولو كانت الأمُّ لواحدٍ، والحَمْلُ لآخَرَ، لم يَعْتِقْ واحدٌ منهما بعتقِ الآخَرِ [١٣١٢ / ب].

ولو قال لأمتِهِ: إذا ولدتِ، فولدُك حُرٌّ، أو كُلّ ولدٍ تلدينَهُ حُرٌّ، فقد ذكرنا في « الطلاق »: أنها إنْ كانت حامِلاً عند التعليق، عَتَقَ الولَدُ، وإِنْ كانت حائلاً، عَتَقَ أيضاً علىٰ الأصحِّ؛ لأنه وإِنْ لم يَمْلِكِ الولدَ حينئذ، فقد مَلَكَ الأصلَ المفيد لملكِ الولدِ.

---

(١) ما بين حاصرتين من المطبوع.

ولو قال لأمتِهِ الحامِلِ: إنْ كان أولُ مَنْ تلدينه ذكراً فهو حُرٌّ، وإنْ كانت أنثىٰ فأنتِ حُرَّة، فولدَتْ ذكراً وأنثىٰ؛ فإن ولدتِ الذكرَ أوّلاً، عَتَقَ، ورَقَّتِ الأمُّ والأنثىٰ، وإنْ ولدتِ الأنثىٰ أوّلاً، عَتَقَتِ الأمُّ والذكرُ أيضاً؛ لكونه في بطن عتيقه، وتَرِقُّ الأنثىٰ؛ لأن عتقَ الأم طرأ بعد مُفارقتها. وإن ولدَتْهما معاً، فلا عِتْقَ؛ إذْ لا أولَ فيهما.

ولو لم يعلمْ هل ولدتْهُما معاً، أو مرتَّباً ؟ فلا عِتْقَ؛ للشكِّ.

وإن علمَ سبق أحدِهما، وأشكلَ، فالذكرُ حُرٌّ بكلِّ حالٍ، والأنثىٰ رقيقةٌ بكلِّ حال، والأمُّ مشكوكٌ فيها، فيؤمرُ السيدُ بالبيانِ، فإنْ مات قبل البيان، فالأصحُّ أنها رقيقةٌ؛ عملاً بالأصلِ.

وقال ابْنُ الحَدَّادِ: يقرعُ عليها بسهمِ رِقٍّ وسهمِ عِتقٍ، قال الشيخ أبو عليٍّ[1]: ما ذكره ابْنُ الحَدَّادِ غلط عند عامةِ الأصحاب؛ لأنَّا شككنا في عِتقها، والقرعةُ لا تثبتُ[2] مشكوكاً فيه، وإنما تُستعمل[3] في تعيينِ ما تيقَّنَّا أصلَه.

قال الشيخ أبو عليٍّ: هٰذا كُلُّه إذا ولدَتْ في صحَّة السيدِ، فلو ولدَتْ في مرضِ موتِه، نُظِرَ:

إنْ كان الثلُثُ يفي بالجميع، لم يختلفِ الجوابُ، وإنْ لم يَفِ؛ بأَنْ لم يكن له إلاَّ هٰذه الأمة وما ولدَتْ، أقرعَ بين الأُمِّ والغلام، فإن خرجَتْ علىٰ الغُلام، عَتَقَ وحدَه إنْ خرجَ مِنَ الثلُث، وإنْ خرجت علىٰ الأمِّ، قُوِّمَتْ حاملاً بالغلام يومَ ولدت الجارية إنْ ولدتها أوَّلاً، ويَعْتِقُ منها ومن الغلام قَدْرُ الثلُثِ، فإنْ كانت قيمةُ الجارية مئةً، وقيمةُ الأم حاملاً بالغلام مئتين، فَيَعْتِقُ نصفُها ونصفُ الغلام وهو مئة، ويبقىٰ للورثة النصفانِ، وهو مئة، والجارية وهي مئة أُخرىٰ.

الحالةُ الثانيةُ: أَنْ يكون الباقي لغيرِه، فَيَعْتِقُ نصيبُهُ، فإنْ كان موسِراً بقيمةِ باقية، لزمَه قيمتُهُ للشريك، وعَتَقَ الباقي عليه وولاءُ جميعِ العبدِ له.

---

(١) هو الشيخ أبو عليٍّ السِّنْجيُّ، الحُسَين بن شُعَيب. سلفت ترجمته.
(٢) في المطبوع: « لا يثبت ».
(٣) في المطبوع: « يستعمل ».

وإنْ كان معسِراً بقي الباقي [علىٰ مِلْكِ الشريكِ][1]، وإنما يثبُت التقويم بأربعة شروطٍ .

أحدها: كونُ المعتِق موسِراً، وليس معناه أَنْ يعدَّ غنيّاً؛ بل إذا كان له مِنَ المالِ ما يفي بقيمةِ نصيبِ شريكهِ، قُوِّمَ عليه، وإنْ لم يملِكْ غيرَه، ويصرفُ إلىٰ هـٰذه الجهة كلّ ما يباع في الدَّين، فيباعُ مسكنهُ وخادمهُ، وكُلُّ ما فَضَلَ عن قوتِ يومٍ، وقوتِ مَنْ تلزمُهُ نفقتُهُ، ودَسْتِ ثوبٍ[2] يلبسُه، وسكنىٰ يوم، والاعتبارُ في اليسار بحالة الإعتاقِ، فإن كان معسِراً، ثم أيسَرَ، فلا تقويمَ .

ولو ملكَ قيمةَ الباقي، لكنْ عليه دَيْنٌ بقَدْره، قُوِّمَ عليه علىٰ الأظهر، واختاره الأكثرون؛ لأنه مالكٌ لما في يده، نافِذٌ تصرُّفه؛ ولهـٰذا لو اشترىٰ به عبداً وأعتقَه نفذَ .

والثاني: لا يقوَّمُ؛ لأنه غيرُ موسِر؛ بل لو أبرئَ عن الدَّين، لم يقوَّمْ عليه أيضاً، كالمعسِر يوسِرُ، فعلىٰ الأول: يضارِب الشريك بقيمة [١٣١٣ / أ] نصيبِهِ مع الغُرَماء، فإنْ أصابه بالمضاربة ما يفي بقيمةِ جميع نصيبه، فذاك، وإلاَّ اقتصرَ علىٰ حِصَّته، ويَعْتِقُ جميعُ العبد إنْ قلنا: تَحْصُلُ السِّراية بنفس الإعتاق .

وإن قلنا: لا تحصُلُ بنفسِ الإعتاقِ، ضارَبَ الشريك بقيمة باقيه، إلىٰ أَنْ يَعْتِقَ الجميعُ .

ولو كان بين رجلَين عبدٌ قيمتُه عشرون، فقال رجل لأحدِهما: أعتِقْ نصيبَك منه عَنِّي علىٰ هـٰذه العَشَرة، وهو لا يملكُ غيرها، فأجابه، عَتَقَ نصيبُهُ عن المستَدْعي، ولا سِرَايةَ؛ لأنه زالَ مِلْكُهُ عن العَشَرة بما جرىٰ .

وإن قال: عليَّ عشرَةٌ في ذمتي، فإن [قلنا]: الدَّين يمنعُ التقويمَ، لم يقوَّمْ، وإنْ قلنا: لا يمنعُ، فإن قلنا: السِّرايةُ تحصُلُ بنفس الإعتاقِ، عَتَقَ جميعُ العبد، ويقسمُ العشرة بين الشريكَين بالسويَّة، وتبقىٰ لكلِّ واحدٍ خمسةٌ في ذِمته، وإن قلنا: لا تحصُلُ بنفسِ الإعتاق، عَتَقَ من نصيب الشريك بالسِّراية حِصَّةُ الخمسة، وهو رُبُعُ العبد، ويبقىٰ الباقي علىٰ الرقِّ، وللشريك المستدعي منه خمسة في ذمته .

---

(١) جاء في (ظ): « بقيمة باقيه، لزمه قيمته للشريك، وعتق الباقي عليه » بدل: « علىٰ ملك الشريك » وهو خطأ ناسخ .

(٢) **دَسْتِ ثوبٍ**: الدَّسْتُ مِن الثياب: ما يلبسه الإنسانُ ويكفيه لتردُّده في حوائجه (المصباح: د س ت).

ولو ملكَ نصفَين مِنْ عبدَين متساويَي القيمة، فأعتقَ نصيبه منهما وهو موسِرٌ بنصف قيمةِ أحدِهما، نُظِرَ:

إن أعتقهما معاً، عَتَقَ نصيبُهُ منهما، وسرىٰ إلىٰ نصفِ نصيبِ الشريكِ مِنْ كُلٍّ منهما، فيعتِقُ مِنْ كُلٍّ منهما ثلاثة أرباعِهِ، وهـٰذا إذا حكمنا بالسِّرَاية في الحال. وقلنا: اليَسَارُ بقيمةِ بعضِ النصيبِ يقتضي السِّرَايَةَ بالقِسْطِ.

وإِنْ أعتقَ مرتَّباً، سرىٰ إلىٰ جميعِ الأولِ. ثم إِنْ قلنا: الدَّيْن يمنعُ السِّرَاية، فلا سِرَايَةَ في العبد الثاني، وإلاَّ فيسري، وما في يده يصرفُ إلىٰ الشريك، والباقي في ذِمته.

وإن كان الشِّقْصانِ لشخصَين، صرفَ إلىٰ كُلٍّ منهما نِصْفه.

ولو ملكَ الشِّقْصَين، فأعتقهما معاً، ولا مالَ له غيرهما، فلا سِرَايةَ؛ لأنه مُعسِر.

وإنْ أعتقهما مُرَتَّباً، عَتَقَ كُلُّ الأولِ؛ لأن في نصيبه في العبد الآخَر وفاء بباقي الذي أعتقَ شِقْصه. ثم إذا أعتقَ نصيبه من الثاني نفذَ العتق في نصيبه، ولا سِرَايَةَ؛ لأنه معسِرُ، وإنما نفذَ إِعتاقه نصيبه من الثاني؛ لأن حَقَّ الشريكِ لا يتعيَّن فيه؛ بل هو في الذمَّة.

فَرْعٌ: أعتقَ شريكٌ نصيبَه في مرضِ موتِه، نُظِرَ:

إنْ خرجَ جميعُ العبد مِنْ ثلُث ماله، قُوِّمَ عليه نصيب شريكه، وعَتَقَ، وإن لم يَخْرُجْ منه إلاَّ نصيبه، عَتَقَ نصيبُهُ، ولا تَقْويمَ، وإن خرجَ نصيبُه وبعضُ نصيب شريكه، قُوّمَ عليه ذٰلك القَدْرُ، ويجيءُ فيه خلافٌ نذكره إِنْ شاء الله تعالىٰ في يَسَار المعتقِ ببعضِ نصيبِ الشَّريكِ.

وبالجُملة المريضُ في الثلُث كالصحيح في الكُلِّ، وفيما زاد علىٰ الثلُث معسِر. واحتجَّ القاضي أبو الطيِّب وغيرُه باعتبار الثلُث علىٰ أَنَّ التقويمَ يكونُ بعد موتِ المريض؛ لأن الثلثَ يعتبرُ حالة الموت، حتىٰ إذا لم يَفِ الثلُثُ بجميع العبد حال إعتاقه، ثم استفادَ مالاً، ووفَّىٰ عند الموتِ، قوّمَ جميعه.

وفي « التهذيب »: أنه لو ملكَ نصفَين من عبدَين متساويَي القيمةِ، فأعتقَهما في مرضِ الموتِ، نُظِرَ:

إِنْ خَرَجا من الثلُث، عَتَقَا، سواء أعتقهما معاً، أو مرتَّباً، وعليه قيمةُ نصيبِ شريكهِ، وإن لم يخرجْ من الثلُث إلاَّ نصيباه، فإن أعتقهما معاً، عَتَقَ نصيباهُ، ولا سِرَاية، وإِنْ أعتقهما [١٣١٣ / ب] مرتَّباً، عَتَقَ كُلُّ الأولِ، ولم يَعْتِقْ من الثاني شيء؛ لأنه لزمَهُ قيمةُ نصيبِ الشريكِ من الأولِ، وصار نصيبُهُ من الثاني مستحقّ الصرف إليه، وإنْ خرجَ من الثلُث نصيباه، ونصيبُ أحدِ الشريكين، فإن أعتقهما مرتَّباً، عَتَقَ جميعُ الأول، ولا يَعْتِقُ من الثاني إلاَّ نصيبُهُ، وإنْ أعتقهما معاً، فوجهانِ.

أحدهما، وبه قال ابْنُ الحَدّادِ: يَعْتِقُ من كلِّ واحدٍ ثلاثةُ أرباعه: نصيباهُ، ونصفُ نصيبِ الشريكِ من كُلِّ واحد منهما.

والثاني: يقرعُ، فمن خرجَتْ قُرعته، عَتَقَ كُلُّهُ، ولم يَعْتِقْ من الآخَر إلاَّ نصيبه؛ لأن القرعةَ مشروعةٌ في العِتق، ولا يصارُ إلىٰ التشقيص مع إمكانِ التكميلِ.

وإنْ لم يخرُجْ من الثلُث إلاَّ أحدُ نصيبه، فإن أعتقهما معاً، فوجهانِ.

أحدهما: يَعْتِقُ مِنْ كُلِّ واحدٍ نصفُ نصيبه، وهو رُبُعُ كُلِّ عبد.

وأصحُّهما: يقرعُ، فمن خرجَتْ قرعتُهُ، عَتَقَ منه جميعُ نصيبه، ولا يَعْتِقُ مِن الآخر شيء.

ولو أعتقَ النصيبَين ولا مالَ له غيرهما، قال الشيخ أبو عليٍّ: إنْ أعتقهما مرتَّباً، عَتَقَ ثُلُثا نصيبه من الأول، وهو ثلُث جميعِ مالِهِ، وهو ثلُث ذٰلك العبد، ويبقىٰ للورثة سدُس ذٰلك العبد، ونصفُ العبد الآخَر. وإن أعتقهما معاً وماتَ، أقرعَ بينهما، فَمَنْ خرجت قرعتُهُ، عَتَقَ منه ثُلُثا نصيبه، وهو ثلُث مالِهِ.

لو أوصىٰ أحدُ الشريكَين بإعتاقِ نصيبه بعد موتِهِ، فلا سِرَايةَ وإنْ خرجَ كُلُّه من الثلُث؛ لأن المالَ ينتقلُ بالموت إلىٰ الوارث، ويبقىٰ الميتُ معسِراً؛ بل لو كان كُلُّ العبد له، فأوصىٰ بإعتاق بعضِه، فأعتقَ، لم يَسْرِ.

وكذا لو دَبَّرَ أحدُهما نصيبَه، فقال: إذا مِتُّ، فنصيبي منك حُرٌّ.

وإنْ قال في الوصيّة: أَعتقوا نصيبي، وكَمِّلوا العتق، كملناه، إنْ خرجَ من الثلُث، وإنْ لم يخرُجْ كُلُّهُ، نُفِّذَتِ الوصيةُ في القَدْر الذي يخرجُ.

وهنا فائدتان.

إحداهما: قال القاضي أبو الطيِّب: عندي أنه إذا أوصىٰ بالتكميل، لا يكملُ إلَّا باختيارِ الشريكِ؛ لأن التقويمَ إذا لم يكن مستحقّاً لا يصيرُ مستحقّاً باختيارِ المعتق، ألا ترىٰ أَنَّ المعتقَ لو كان معسِراً، ثم أيسَرَ، أو قال: قَوِّموه عليَّ حتَّىٰ أستقرضَ، لا يجبر الشريك؟ والجمهورُ أطلقوا، ووجَّهه الرُّوْيانِيُّ بأنه متمكِّنٌ من التصرُّف في الثلُث. وإذا أوصىٰ بالتكميل، فقد استبقىٰ لنفسه قَدْرَ قيمةِ العبدِ من الثلُث، فكان موسِراً به.

الثانية: ذكر الإمامُ[1]، والغزالي أنَّ صُورَةَ[2] الوصيَّة بالتكميل أن يقول: اشتروا نصيبَ الشريك، فَأَعْتِقوه، فأمَّا إذا قال: أَعْتقوه إعتاقاً سارياً، فلا خيرَ في هٰذه الوصية؛ لأنه لا سِرَايَةَ بعد الموت، وإن أعتقنا نصيبه، فالذي أتىٰ به وصيَّة بمحال.

ولو ملكَ نصفَي عبدَين، فأوصىٰ بإعتاقِ نصيبهِ منهما بعد موته، أعتق عنه النصيبانِ، ولا سِرَايَةَ. فلو[3] قال مع ذٰلك: وكَمِّلوا عتقَهما، فإنْ خرجا من الثلُث، كملَ عتقهما، وإنْ خرج الباقي مِنْ أحدِهما، فطريقانِ، حكاهما البغويُّ.

أحدهما: فيه الوجهان فيمن أعتقَ في مرضِ الموت النصيبين، ولم يخرُجْ من الثلث إلَّا نصيباهُ مع الباقي مِنْ أحدهما، ففي وجه: يَعْتِقُ من كل واحد ثلاثةُ أرباعه، وفي آخَرَ: يقرعُ، فمن خرجت قرعتُهُ، أعتقَ كلّه، وأعتقَ من الآخر نصيبه لا غير.

والثاني[4]: القطعُ بالقرعة؛ لأنه قَصَدَ التكميل هنا حيثُ أوصىٰ به، فيراعىٰ مقصودُهُ بقَدْرِ الإمكانِ.

---

(١) انظر: (نهاية المطلب: ١٩ / ٢٢٦).

(٢) في المطبوع: « لصورة ».

(٣) في المطبوع: « ولو ».

(٤) في المطبوع: « الثاني » بدون « الواو ».

فَرْعٌ: لو كان الشريكُ موسِراً ببعض قيمةِ النصيبِ، فوجهانِ: الأصحُّ المنصوص في « الأم »: أنه يَسْري إلىٰ القَدْرِ الذي هو موسِرٌ به.

والثاني: لا يَسْري؛ لأنه لا يفيدُه الاستقلال في ثُبوت أحكامِ الأحرارِ.

ولو كان بَيْنَ[1] ثلاثةٍ عَبْدٌ، فأعتقَ اثنانِ نصيبَهما، وأحدُهما موسِر، قُوِّمَ نصيبُ الثالث عليه بلا خلاف.

الشرطُ الثاني: أَنْ يَحْصُلَ عِتْقُ نصيبِهِ باختيارِهِ، فلو ملكَ بعض مَنْ يَعْتِقُ عليه بالقرابة، نُظِرَ:

إنْ مَلَكَهُ لا باختيارِهِ؛ بأَنْ ورثَهُ، لم يَسْرِ.

وإنْ مَلَكَهُ باختياره[2]؛ فإنْ كان بطريقٍ يقصدُ به اجتلاب المِلْك، كالشراءِ، وقَبولِ الهِبَةِ[3] والوصيَّة، سَرىٰ.

وإن كان بطريق لا يقصدُ به التملُّك غالباً؛ لـٰكنه يتضمَّنه؛ بأَنْ كاتَبَ عبداً[4]، فاشترىٰ شِقْصاً ممَّن يَعْتِقُ علىٰ سيدِهِ، ثم عجَّزه سيده، فصار الشِّقْصُ له، وعَتَقَ، لم يَسْرِ علىٰ الأصح، وبه قال ابْنُ الحدَّاد. وإنْ عَجَّزَ المكاتَب نفسه، لم يَسْرِ؛ لعدم اختيار سيدِهِ.

ولو باع شِقْصاً ممَّن يَعْتِقُ علىٰ وارثه؛ بأَنْ باع ابنَ أخيه بثَوب، ومات، ووارثه أخوه، فوجدَ بالثوب عيباً، فردَّه، واستردّ الشِّقْص، وعَتَقَ عليه، ففي السِّراية وجهانِ؛ لأنه تسبَّبَ في تملُّكه، لـٰكن مقصوده رَدّ الثوب.

قلتُ: الأصحُّ ـ هنا ـ السِّرايَةُ. **والله أعلمُ.**

ولو وجدَ مشتري الشِّقْصِ به عَيباً، فردَّه، فلا سِرَايَةَ، كالإرثِ.

ولو أوصىٰ لزيد بِشِقْصٍ مِمَّنْ يَعْتِقُ علىٰ وارثه؛ بأن أوصىٰ له ببعض جارية، له منها ابْنٌ، أو أوصىٰ له ببعضِ ابن أخيه، ومات زيدٌ قبل قَبول الوصيَّة، فقبلها ابنُهُ أو

---

(١) في المطبوع: « بن » بدل: « بين ».

(٢) في المطبوع: « باختيار ».

(٣) في المطبوع: « الهديّة »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٣٢١).

(٤) في المطبوع: « فإن كانت عبداً »، غلط. المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٣٢١).

أخوه، عَتَقَ عليه الشِّقْصُ، ولا سِرَايَةَ علىٰ الأصحِّ؛ لأن بقَبوله يدخلُ الشِّقْصُ في ملكِ الوارث، ثم ينتقلُ إليه بالإرثِ.

فلو أوصىٰ له بشِقْص مِمَّن يَعْتِقُ عليه، ولا يعتقُ علىٰ وارثه؛ بأن أوصىٰ له بشقْصٍ من أَمَةٍ، ووارثُهُ أخوه من أبيه، فمات وقبلَ الوصيَّة أخوه، عَتَقَ ذٰلك الشقصُ علىٰ الميت، ويَسْرِي، إنْ كان له تركة يفي ثلُثها بقيمة الباقي؛ لأن قبول وارثِهِ كقبوله في الحياة.

قال الإمامُ: هٰكذا ذكره الأصحاب، وفيه وقْفةٌ؛ لأن القبولَ حصل بغير اختياره.

ولو باع عبداً لابنه ولأجنبيٍّ صَفْقَةً واحدة، عَتَقَ نصيبُ الابن، وقوّمَ عليه نصيب الشريك.

الشرطُ الثالثُ: أَنْ لا يتعلَّقَ بمحلِّ السِّرَاية حَقٌّ لازم، فلو أعتقَ نصيبَه، ونصيبُ شريكه مرهون، سرىٰ علىٰ الأصح؛ لأن حَقَّ المرتهن ليس بأقوىٰ من حَقِّ المالك، وتنتقلُ الوثيقةُ إلىٰ القيمة.

ولو كاتبا عبداً، ثم أعتَقه أحدُهما، فالصحيحُ أو المشهور أنه يَسْري، وهل يقوّمُ في الحال، أم بعدَ العجز عن أداءِ نصيبِ الشريكِ؟ فيه خلافٌ نذكرُ تفاريعَه إنْ شاء الله تعالىٰ في «الكتابة».

ولو كان نصيبُ شريكه مُدَبَّراً، قُوِّمَ أيضاً علىٰ الأظهر؛ لأن المُدَبَّرَ كالقِنِّ في البيع. فإن قلنا: لا يَسْري، فرجعَ عن التدبير، قال [١٣١٤ / ب] الأكثرون: لا يَسْري، كما لو أعتقَ وهو معسِر، ثم أيسَرَ. وقيل: يَسْري؛ لزوالِ المانع، فعلىٰ هٰذا: هل يحكمُ بالسِّرَاية عند ارتفاع التدبير، أم يتبيَّن استنادها إلىٰ وقتِ الإعتاق؟ وجهان.

ولو كان نصيبُ الشريكِ مستولداً؛ بأن استولدها وهو معسِر، لم يَسْرِ علىٰ الأصحِّ؛ لأن السراية تتضمَّنُ النقْلَ، وأمُّ الولد لا تقبل[١] النقل، وقيل: يسري؛ لأن السِّرايةَ كالإتلاف، وإتلافُ أُمِّ الولد يوجبُ القيمةَ.

---

(١) في المطبوع: «لا يقبل».

ولو استولدها أحدُهما وهو معسِر، ثم استولدها الثاني، ثم أعتقها أحدُهما، ففي السِّرَاية الوجهانِ.

الشرطُ الرابعُ: أَنْ يوجّهَ الإعتاق إلىٰ ما يَمْلكُهُ، ليعتقَ نصيبه، ثم يَسْري، وذٰلك بأَن يقول: أعتقتُ نصيبي من هٰذا العبد، أو النصفَ الذي أملكه، فلو قال: أعتقتُ نصيبَ شريكي، أو نصيبُ شريكي من هٰذا العبدِ حُرٌّ، فهو لَغْوٌ.

ولو أطلقَ فقال لعبد يملكُ نصفَه: أعتقتُ نصفَكَ، فهل يحملُ علىٰ النصفِ الذي يملكه، أم علىٰ النصف شائِعاً؟ وجهان. وعلىٰ التقديرَين يَعْتِقُ جميعُ العبد إذا كان موسِراً.

قال الإمامُ[1]: ولا يكادُ يظهرُ لهٰذا الخلاف فائدةٌ إلَّا في تعليقِ طلاقٍ، أو إعتاقٍ.

ولو باع نصفَ عبدٍ يملكُ نصفَه، فإنْ قالَ: بعتُ النصف الذي أملكُهُ مِنْ هٰذا العبد، أو نصيبي منه، وهما يعلمانِهِ، صَحَّ. وإنْ أطلقَ، وقال: بعتْ نصفَه، فهل يُحملُ علىٰ ما يملِكُهُ، أم علىٰ النصفِ شائِعاً؟ وجهانِ.

فعلىٰ الثاني: يبطلُ في نصيب الشريكِ. وفي صحتهِ في نصفِ نصيبِهِ قَوْلا تفريق الصَّفْقَةِ.

ولو أقرَّ بنصفِ[2] المشتَرك، ففيه هٰذان الوجهان.

وقال أبو حنيفةَ: يُحملُ في البيع علىٰ ما يملكه؛ لأنَّ الظاهرَ أنه لا يبيعُ ما لا يملكُهُ. وفي الإقرار علىٰ الإشاعة؛ لأنه[3] إخبارٌ، واستحسَنَ الإمامُ[4] والغزاليُّ هٰذا، وصحَّحَ البغويُّ الإشاعةَ فيهمَا.

قلتُ: الراجحُ قولُ أبي حنيفةَ. **واللهُ أعلمُ**.

فَرْعٌ: قال كُلُّ واحدٍ منهما: إنْ دخلت دار زيد فأنتَ حُرٌّ، أو فنصيبي منكَ حُرٌّ، فدخَلها، عَتَقَ علىٰ كل واحدٍ نصيبُهُ، ولا يقوَّمُ؛ لأنَّ العتقَ حَصل دَفْعةً.

---

(١) انظر: (نهاية المطلب: ١٩ / ٢٠٥).
(٢) في المطبوع: «بنصفه».
(٣) في (ظ)، والمطبوع: «أنه».
(٤) انظر: (نهاية المطلب: ١٩ / ٢٠٦).

وكذا لو قال أحدُهما: إنْ كلَّمت زيداً، فنصيبي منكَ حُرٌّ، وقال الآخَرُ: إنْ شتمته، فنصيبي منك حُرٌّ، فَشَتَمه.

وكذا لو وكَّلا رجلاً في عتقهِ، فأعتقَ كلّه دَفْعةً، ولا أثر لوقوعِ التعليقين أو التوكيلين في وقتين، وإنما العبرةُ بوقت الوقوع، ولهٰذا لو قال لغير المدخولِ بها: إذا دخلت الدارَ فأنتِ طالق طَلْقَةً، ثم قال بعدَه: إنْ دخَلتها فأنتِ طالق طلقـتَين، فدخلَت، طلقَتْ ثلاثاً، كقوله: أنتِ طالق ثلاثاً.

ولو قال أحدُهما[1]: أنتَ حُرٌّ قبل موتي بشهر، ونجزَ الآخَرُ عتقَه بعد تعليقِ الأولِ بيوم مثلاً، فله أحوال.

إحداها[2]: أَن يموتَ المعلّق لدون شهر من التعليق، فيعتِقُ العبدُ كلُّه علىٰ المنجزِ، إِنْ كان موسِراً؛ لأنه لا يمكن والحالة هٰذه أن يعتقَ بالتعليق؛ لئلاَّ يتقدَّمَ العتقُ علىٰ التعليق، وكذا الحكمُ لو مات بعد مضيِّ شهر مِنْ أولِ شروعه في لفظ التعليق بلا زيادة، وما لم يَمْضِ شهر مِنْ تمام التعليق، لا يمكن أَنْ يعتقَ [١٣١٥ / أ] بالتعليق.

الثانية: أن يموت لأكثرَ من شهرٍ بأيامٍ، فيعتِقُ جميعُهُ علىٰ الثاني أيضاً؛ لأن العتقَ بالتعليق إنما يتقدَّم علىٰ الموت بشهر وإِعتاق المنجزِ متقدّم علىٰ الشهر المتقدّم علىٰ الموت، فيؤخذُ قيمة نصيب المعلّق من المنجز لورثةِ المعلّق. هٰذا إن قلنا: السِّرَايةُ تحصلُ بنفس الإعتاق، أو قلنا بالتبيين، وإنْ قلنا: تحصُلُ بدفع القيمةِ، فإذا سبقَ وقت العتقِ بالتعليق، كان في نُفوذ العتقِ عن المعلّق خلاف، كما سنذكره في تفريع أقوالِ السِّرَاية، إنْ شاءَ اللهُ تعالىٰ.

الثالثة: إذا مات علىٰ رأسِ شهرٍ من تمام صيغة التعليقِ، عَتَقَ جميعُ العبد علىٰ المعلّق.

الرابعة: إذا مات علىٰ تمام شهرَين من تمام كلام المنجزِ، عَتَقَ علىٰ كُلٍّ واحد نصيبُهُ، ولا تَقْويمَ؛ لوقوع العِتْقَين معاً.

---

(١) في (ظ): « لأحدهما ».

(٢) في المطبوع: « أحدهما ».

فَرْعٌ: متىٰ تثبتُ السِّراية إذا حكَمْنا بها ؟ ثلاثةُ أقوالٍ .

أظهرُها: بنفْسِ إعتاقِ الشريكِ .

والثاني: بأداءِ قيمةِ نصيبِ الشَّريك .

والثالث: موقوفٌ، فإنْ رأىٰ القيمة، تبيَّنَّا حصولَ العِتْقِ باللَّفظ، وإنْ فات، تبيَّنَّا أنه لم يَعْتِقْ. ويتفرَّع علىٰ الأقوالِ مسائلُ .

إحداها: إذا أولَدَ أَمَةً له نصفُها، فإنْ كان موسِراً، سَرَىٰ الاستيلادُ، وهل يَسْري بنفسِ العُلوق أم بأداء القيمةِ، أم يتبيَّنُ بأَدائها[1] السِّراية[2] بنفسِ العُلوق ؟ فيه الأقوالُ كالعتقِ .

وعلىٰ الأقوال: يلزمُ[3] المستولدَ نصفُ المهرِ لشريكهِ مع نصفِ قيمةِ الأمَة. ثم إنْ قلنا: يحصلُ الملكُ بأداء القيمةِ، وجبَ مع ذٰلك نصفُ قيمةِ الولَدِ. وإنْ قلنا: يحصلُ بالعُلوق، أو قلنا بالتبيُّن، فهل يثبتُ بعدَ العتقِ أو قبلَه ؟ وجهانِ.

إن قلنا: بعدَه، وجبَ أيضاً نصفُ قيمةِ الولدِ، وإنْ قلنا: قبلَه، فلا، وبه أجاب البغويُّ.

ولو وطئها الثاني قبل أداءِ القيمةِ، فإنْ أثبتنا السِّرايةَ بنفسِ العلوقِ، فعلىٰ الثاني كمالُ المهرِ للأولِ، وللثاني علىٰ الأول نصفُه، فيقعُ المهرُ قِصاصاً.

وإنْ قلنا: يحصلُ بأداءِ القيمة، لزمَهُ نصفُ المهرِ، وله علىٰ الأول نصفُه، فيتقاصَّان.

وإن كان الذي أولدَ مُعسِراً، ثبتَ الاستيلادُ في نصفه، ونصفُ الآخر يبقىٰ قِنّاً. وهل يكون الولدُ كلُّه حُرّاً، أم تبعَّض حريتهُ ؟ وجهانِ، أو قولان، سبقا في « الغنائم ».

الثانيةُ: عبدٌ بين ثلاثةٍ، لواحدٍ نصفُهُ، وللآخَر ثلُثُه، وللآخَر سدُسه، فأعتقَ أحدُهم نصيبَه وهو موسِر، يَسْري العتقُ إلىٰ نصيب الشريكَين، وإنْ كان موسِراً ببعضِ

---

(١) في المطبوع: « كأدائها ».

(٢) في (فتح العزيز: ١٣ / ٣٢٧): « حصولُ السراية ».

(٣) في المطبوع: « تلزم ».

قيمةِ الباقي وقلنا بالصحيح، قُوِّمَ عليه بنسبة المقدورِ عليه من نَصيبِ كُلٍّ واحدٍ منهما، فإذا كان موسِراً بثلُث الباقي، قُوِّمَ عليه ثلثُ نصيبِ كُلٍّ واحدٍ منهما.

ولو أعتقَ اثنانِ منهم نصيبَهما معاً، أو عَلَّقا بشرطٍ واحدٍ، أو وَكَّلا مَنْ أعتقَ عنهما دَفْعةً، فإنْ كان أحدُهما فقط موسِراً، قُوِّمَ عليه نصيبُ الثالثِ. وإن كانا موسرَين، قُوِّمَ نصيبُ الثالث عليهما، وكيف يقوَّمُ؟ فيه طريقان.

أحدهما: علىٰ قولَين.

أحدهما: القيمةُ عليهما بالسويَّة.

والثاني: علىٰ قَدْرِ المِلْكَين، كنظيره من الشُّفْعة.

والطريق الثاني: القطعُ بأنها علىٰ عددِ الرؤوس؛ لأن [١٣١٥ / ب] الأخْذَ بالشُّفْعة من مرافِق الملك، كالثمرة، وهنا سبيلُهُ سبيلُ ضَمانِ المتلف، فيستوي القليلُ والكثيرُ، كما لو مات مِنْ جِراحاتهما المختلفة، وهٰذا الطريقُ هو المذهب باتفاق فرقِ الأصحابِ، إلَّا الإمام[١]، فرجَّح طريق القولَين.

الثالثةُ: إنْ قلنا: تَحْصُلُ السِّرَاية باللَّفظِ، أو قلنا بالتبيُّن، اعتبرت قيمة يومِ الإعتاق، وإنْ قلنا بالأداء، فهل يعتبرُ يوم الإعتاق، أم الأداء، أم أكثرُ القِيم من يوم الإعتاق إلىٰ الأداء؟ فيه أوجه.

الصحيح عند الجمهور: الأولُ. ورجّح الإمامُ[٢]، والغزاليُّ الثاني.

فإنِ اختلفا في قيمة العبدِ، فإنْ كان حاضراً والعهدُ قريب، راجعنا المقوِّمين، وإن مات العبدُ، أو غاب، أو تقادمَ العهدُ، فأيُّهما يصدَّقُ بيمينه؟ قولان.

أظهرهما: المعتقُ؛ لأنه غارم كالغاصب.

ولو اختلفا في صِفةٍ[٣] للعبد تزيدُ في قيمته، واتفقا [٤] علىٰ قيمته لو لم تكن

---

(١) انظر: (نهاية المطلب: ١٩ / ٢٢٢).

(٢) انظر: (نهاية المطلب: ١٩ / ٢٢١).

(٣) في المطبوع: « صَنْعة »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٣٣٠).

(٤) في المطبوع: « واتفقنا ».

تلك الصفة[١]، فإن كان العبد حاضراً وهو يحسن الصَّنْعَةَ، ولم يمض بعد الإعتاق زمنٌ يمكن تعلُّمه فيه، صدِّقَ الشريكُ، وإن مضىٰ زمنٌ يمكن التعلُّم فيه، أو مات العبدُ، أو غاب، فالمذهبُ أَنَّ المصدّق المعتق.

وقيل: فيه القولان، ولا يقبلُ قولُ العبد: إني أحسِنها، أو لا أُحسنها؛ بل يجرَّبُ.

ولو اختلفا في عَيب ينقصُ القيمة، نُظِرَ:

إنِ ادَّعىٰ المعتقُ عيباً في أصل الخِلْقة؛ بأن قال: كان أَكْمَهَ، أو أخرسَ، وقال الشريكُ: بل بصيراً ناطقاً، وقد غاب العبدُ، أو ماتَ، صُدِّقَ المعتِقُ بيمينه علىٰ المذهب. وقيل: في المصدّق قولان.

قال البغويُّ: الطريقان فيما إذا ادَّعىٰ النقصَ في الأعضاء الظاهرة، أَمَّا إذا ادعاه في الباطنة، فقولان كالصورة الآتية؛ لتمكُّنِ الشريكِ من البَـيِّنة علىٰ سلامةِ الظاهرة[٢].

وإنِ ادَّعىٰ حدوثَ عيب بعدَ السلامة؛ بأَنْ زعمَ ذهابَ بصرِهِ، أو سرقَتَهُ، فالأظهرُ أَنَّ المصدَّقَ الشريك، لأنَّ الأصْلَ عدمُهُ، وخصَّ بعضُهم القولَين فيما يشاهدُ ويطّلعُ عليه، وقطعَ فيما لا يشاهدُ بتصديقِ الشريكِ؛ لعُسْرِ إثباته بِبَـيِّنَةٍ.

الرابعةُ: لو ماتَ المعتِقُ قبلَ أداءِ القيمةِ، أُخِذَتْ مِنْ تَرِكته. ولو أَعْسَرَ بعد الإعتاقِ، ومات مُعْسراً، فإنْ أثبتْنا الإعتاقَ بنفسِ اللَّفظِ، فالقيمةُ في ذِمته. وإنْ قلنا بالقولين الآخرين، لم يعتقْ حِصَّة الشريك.

ولو مات العبدُ قبل أداء القيمة، فإنْ قلنا: السِّرَايةُ تَحْصُلُ باللَّفظ، مات حُرّاً موروثاً، وأُخذت من المعتِق قيمةُ حِصَّة الشريك، وإن قلنا بالتبيُّنِ، لزمَتْهُ القيمةُ، فإذا أداها تَبَـيَّنَّا العتقَ، وإنْ قلنا: تَحْصُلُ بالأداء، سقطتِ القيمةُ علىٰ الأصحِّ؛ لأنَّ الميتَ لا يَعْتِقُ.

والثاني: تجبُ؛ لأنه مال استحقَّ في الحياة، فلا يسقطُ بالموت.

---

(١) في المطبوع: « الصنعة »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٣٣٠).
(٢) انظر: (التهذيب: ٨ / ٣٧٠ ـ ٣٧١).

قال الإمامُ: وعلىٰ هٰذا: يجبُ علىٰ المعتِق قيمةُ نصيبِ شريكِهِ، ثم يتَبيَّن[١] أن العتقَ حصلَ قبل موته.

وفي «التهذيب»: تفريعاً علىٰ تأخُّر السِّراية: أنه يموتُ نصفُه رقيقاً، ثم ذكر الوجهين في مطالبةِ الشريك له بقيمة نصيبه، وهٰذا ضعيفٌ.

الخامسةُ: لو أعتقَ الشريكُ نصيبَه قبلَ أخذ القيمة، لم ينفذْ إنْ قلنا بالسِّرَاية في الحال، وإنْ قلنا بأداءِ [١٣١٦ / أ] القيمةِ، فكذلِك علىٰ الأصحِّ عند الجمهور؛ لئلاَّ يفوتَ حقَّاً ثَبَتَ للأول، ونفذَهُ ابْنُ خيرانَ، والإصْطَخْرِيُّ، وابْنُ أبي هُريرةَ، فعلىٰ هٰذا: في نفوذ البيعِ والهبةِ ونحوِهما وجهان.

الصحيح: المنعُ، فإنْ نفذْنا البيعَ، فهل للأول أَنْ ينقضَ البيعَ، ويبذلَ القيمة كالشفيع؟ فيه احتمال للإمامِ.

السادسةُ: للشريكِ مطالبةُ المعتِقِ بالقيمةِ علىٰ الأقوالِ كُلِّها، أَمَّا علىٰ غيرِ التأخيرِ، فظاهِر، وأما علىٰ التأخيرِ، فلأنه محجورٌ عليه في التصرُّف فيه، والحيلولة من أسباب الضمان.

قال الإمامُ: ويلزمُ علىٰ تنفيذِ البيعِ ونحوه أَنْ لا يملكَ مطالبته، وهو ضعيف.

وإذا دفعَ المعتِقُ القيمةَ، أَجبرَ الشريك علىٰ قَبولها إنْ وقَفْنا العتقَ علىٰ أدائها، وإذا لم يَدفعْ، ولم يطالبْهُ الشريكُ، فللعبدِ طلبُ الدفع مِنْ هٰذا، والقبض من ذاك؛ فإن امتنعَ، طالبهما الحاكمُ؛ لأن العِتْقَ حَقٌّ للهِ تعالىٰ.

ولو كان الشريكُ غَائباً، دفعَ القيمة إلىٰ وكيله، فإن لم يكُنْ، جعله القاضي عند أمينٍ، وله أَنْ يُقِرَّها في يد المعتِق إنْ كان ثقةً.

السابعةُ: إذا تعذَّرتِ القيمةُ بإفلاسٍ، أو هَرَبٍ، فقال الشيخ أبو عليٍّ، والصَّيدلانيُّ، والرُّويانيُّ: يبقىٰ نصيبُ الشريكِ رقيقاً، ويرتفعُ الحَجْرُ عنه؛ إذ لا وَجْهَ لتعطيلِ مِلْكِه عليه بلا بَدَلٍ، وفيه احتمال للإمام: أنه يثبتُ العتق، وجعله الغزالي وجهاً، فقال: الصحيح أَنَّ إعسارَ المعتِق يدفعُ الحَجْر، ولو عاد اليسارُ، قال الشيخ

(١) في المطبوع: «تبيين».

أبو عليٍّ: لا يعودُ التقويمُ؛ لأن حَقَّ العتقِ ارتفعَ بتخلُّل الإعسار، وفيه احتمال للإمام.

الثامنَةُ: إذا قلنا: لا سِرَايَةَ قَبْلَ أداءِ القيمةِ، فوطئها الشريكُ قبل الأداء، وجبَ نصفُ المهر لنصفِها الحُرِّ.

قال الإمامُ: وليصور في وطء محرَّم[١]، أو في مُكرهةٍ، وفي النصفِ الآخَر وجهان.

أصحُّهما: لا يجب؛ لأنه مِلْكُهُ.

والثاني: يجبُ، ويصرفُ إلىٰ المعتِق؛ لأنه مستحقّ الانقلاب إليه.

قال الإمامُ: ويجوزُ أَنْ يكون للجارية.

وإِنْ قلنا: تَحْصُلُ السِّرَايَةُ بنفس الإعتاقِ، وجبَ لها جميعُ المهر، ولا حَدَّ للاختلاف في مِلْكه.

التاسِعةُ: قال لشريكه: إذا أعتقت نصيبكَ، فنصيبي حُرٌّ، أو فجميعُ العبد حُرٌّ، أو فنصيبي حُرٌّ بعد عِتقِ نصيبكَ، فإذا أعتقَ المقولُ له نصيبَه، نُظِرَ:

إنْ كان معسِراً، عَتَقَ علىٰ كل واحد نصيبُهُ، وإنْ كان موسِراً، عَتَقَ عليه نصيبه.

ثم إنْ قلنا: السِّرَايَةُ تَحْصُلُ بنفسِ الإعتاقِ، سَرىٰ عليه، ولزمَهُ قيمةُ نصيبِ شريكِهِ؛ لأن السرايةَ قهريَّة تَابعة لِعتق نصيبه، لا مدْفَعَ لها، وموجبُ التعليقِ قابلٌ للدفع بالبيع ونحوه.

وإن قلنا بالتبيُّن، فكذٰلك الحكمُ إذا أدّيت القيمة.

وإِنْ قلنا بالأداء، فنصيبُ المعلّق عمن يعتقُ فيه وجهان.

ولو قال: إذا أعتقت نصيبكَ فنصيبي حُرٌّ مع عِتْقِ نصيبكَ، أو في حالِ عتقِ نصيبكَ، وقلنا: السِّرَايَةُ بنفس الإعتاقِ، فوجهانِ.

أحدهما: يعتقُ نصيبُ كُلِّ واحدٍ عنه، ولا شيءَ علىٰ المعتِق، وبهٰذا قال ابْنُ

---

(١) في (أ): «محترم».

القاصِّ، وصاحبُ « التقريب »، واختاره القاضي أبو الطيِّب، وحكاه الرُّوْيانِيُّ عن عامة الأصحاب.

والثاني، وبه قال القفَّالُ، واختاره الشيخ أبو عليٍّ: يعتقُ [١٣١٦ / ب] جميعُه عن المقول له، ولا أثَرَ لقوله: « مع نصيبك »؛ لأن المعلّق لا يقارنُ المعلّق عليه؛ بل يتأخَّر عنه بلا شك.

ولو قال: إذا أعتقت نصيبك فنصيبي حُرٌّ قبل عتقِ نصيبكَ، فأعتقَ المقولُ له نصيبَه، نُظِرَ:

إنْ كانا معسرين أو المعلّق معسِراً، عَتَقَ نصيبُ المنجزِ، وعَتَقَ علىٰ المعلّق نصيبه قبل ذٰلك لموجب التعليق، ولا سِرَايَةَ، وإن كان المعلِّق موسِراً، وقلنا: السِّرَاية تَحْصُلُ بنفسِ الإعتاق، فوجهانِ: مَنْ صَحَّحَ الدورَ اللفظيَّ، كابن الحدَّاد يقول: لا ينفذُ إعتاق المقول له في نصيبه؛ لأنه لو نفذَ، لعتقَ نصيب القائل قبله، ولو عَتَقَ لسرىٰ، ولو سرىٰ لبطَلَ عتقُهُ، فيلزمُ من نفوذِه عدمُ نفوذه. وعلىٰ هٰذا: لو قال السيدُ لعبده: مهما أعتقتكَ فأنتَ حُرٌّ قبلَه، لم يتمكَّنْ من إعتاقه، كما سبقَ نظيرُه في الطلاق.

ولو صدرَ هٰذا التعليقُ مِن الجانبين، امتنعَ الإعتاق عليهما.

ولو قال أحدُهما للآخَر: مَتىٰ بِعْت نصيبك، فنصيبي حُرٌّ قبلَه، لم ينفذِ البيعُ.

والمستبعدونَ لصحَّة الدورِ وانسداد باب الطلاق ونحوه أَوْلىٰ بالاستبعاد هنا؛ لتضمُّنه الحَجْرَ علىٰ العين.

ومَنْ لا يصحِّحُ الدَّورَ، وهو الأصحُّ، يقول: يَعتقُ نصيب كُلِّ واحد منهما عنه، ولا شيءَ لأحدِهما علىٰ الآخَرِ كما لو قال: مع نصيبكَ.

وإن قلنا: يَحْصُلُ العتقُ بأداء القيمة، فإنْ نَفَّذْنا عتقَ الشريك قبل أداء القيمة، عَتَقَ نصيبُ المنجزِ عليه، ونصيبُ المعلّق علىٰ المعلّق. وإن لم ننفذْهُ، قال الإمام: تدورُ المسألة أيضاً، وعلىٰ هٰذه الصور جميعاً: لو أعتق المعلّق نصيبه، عَتَقَ، وتثبتُ السِّراية إذا وجد شرطها.

العاشِرَةُ: إذا قال لشريكهِ[1] الموسِرِ: أعتقت نصيبكَ، فعليك قيمةُ نصيبي، فأنكرَ، فإنْ كان للمدَّعي بَـيِّنة، قُضِي بها، ومَتَىٰ يعتقُ حِصَّة المدَّعي؟ فيه الأقوال.

وإنْ لم يكن بَـيِّنة، صُدِّقَ المنكرُ بيمينه، فإنْ حَلَفَ، رَقَّ نصيبُهُ، وإنْ نَكَلَ، حلفَ المدَّعي اليمينَ المردودةَ، واستحقَّ القيمة، والصحيح أنه لا يحكمُ بعتقِ نصيبِ المدَّعىٰ عليه؛ لأنَّ الدعوىٰ إنما توجَّهت عليه بسبب القيمة، وإلَّا فلا معنىٰ للدعوىٰ علىٰ إنسان بأنه أعتقَ عبدَه، وإنما هـٰذا وظيفةِ العبد، لكنْ لو شهدَ آخَرُ مع هـٰذا المدَّعي، ثبتَ العتقُ بشهادة الحِسْبة.

قال الإمامُ: وأبعدَ بعضُ مَنْ لا خبرةَ له، فحكمَ بالعتقِ تبعاً لدعوىٰ القيمة، وهل يحكمُ بعتقِ نصيبِ المدَّعي إذا حلفَ المدَّعىٰ عليه، أو نَكَلَ وحلفَ المدَّعي؟ إن قلنا بتعجيلِ السِّراية، فَـنَعَمْ؛ لاعترافه بِسِرَاية إعتاقِ المدَّعىٰ عليه[2] إلىٰ نصيبه، وإنْ قلنا بالتأخر[3]، لم يَعْتِقْ. وإذا عَتَقَ نصيبُهُ، لم يَسْرِ إلىٰ نصيبِ المنكر، وإنْ كان المدَّعي موسِراً؛ لأنه لم يُنشئ العِتق، فأشبهَ ما لو ادَّعىٰ أحَدُ الشريكَين علىٰ رجلٍ أنك اشتريتَ نصيبي، وأعتقته، وأنكرَ المدَّعىٰ عليه، يَعْتِقُ نصيبُ المدعي، ولا يَسْري.

وإن قلنا: لا يَعْتِقُ إلَّا بعدَ أداء القيمة، لم يَعْتِقْ نصيبُ المدَّعي.

ولو صدَّقَ المدَّعىٰ عليه الشريك، فلا إشكالَ، وإنْ كان المدَّعىٰ عليه معسراً، وأنكرَ، وحلفَ، لم يَعْتِقْ شيء من العبد، فإنِ اشترىٰ [١٣١٧ / أ] المدَّعي نصيبَه بعد ذٰلك، عَتَقَ ما اشتراه؛ لاعترافِهِ بحرِّيته، ولا يسري إلىٰ الباقي.

ولو ادَّعىٰ كُلُّ واحد من الشريكَين الموسِرَين علىٰ صاحبه؛ أنكَ أعتقتَ نصيبكَ، وطالبَ بالقيمة، وأنكر، صُدِّقَ كُلُّ واحدٍ بيمينه فيما أنكره، فإذا حَلَفا، فلا يطالبُ بالقيمة، ويحكمُ بعتق جميع العبد إنْ قلنا بتعجيلِ السِّرَاية، والولاءُ موقوفٌ؛ لأنه لا يدَّعيه أحدٌ.

وإنْ قلنا بتأخُّرِ السِّرايَة، أو بالتبيُّن، فالعبدُ رقيق.

---

(١) في المطبوع: « الشريك ».
(٢) في المطبوع: « إليه ».
(٣) في (ظ): « بالتأخير ».

وإنْ كانا معسِرَين، وقال كُلُّ واحدٍ للآخَر: أعتقت نصيبك، لم يَعْتِقْ منه شيء، فإنِ اشترىٰ أحدُهما نصيبَ الآخَر، حكمَ بعتق ما اشتراه، ولا يسري؛ لأنه لم ينشئ إعتاقاً.

وذكر البغويُّ أنه لو باع أحدُهما لعَمْرٍو، والآخَرُ لزيدٍ، صَحَّ، ولا عِتْقَ.

ولو باعا لزيد، حكمَ بعتقِ نِصفه؛ لأنه متيقّن، وهٰذا ليس بصحيح، ولا يقينَ في واحد من النصفين؛ لجواز كونهما كاذِبين.

وإنْ كان أحدُهما موسِراً، والآخَرُ مُعسِراً، عَتَقَ نصيبُ المعسر علىٰ قول تعجيلِ السّراية، وولاؤُه موقوفٌ، ولا يَعْتِقُ نصيبُ الموسِر، فإن اشتراه المعسِر، عَتَقَ كُلُّهُ.

ولو طار طائر، فقال أحدُهما: إن كان غُراباً فنصيبي من هٰذا العبد حُرٌّ، وقال الآخر: إنْ لم يكن غُراباً، فنصيبي حُرٌّ، ولم يبين الحال، فإنْ كانا معسِرين، فلا عتقَ، فإنِ اشترىٰ أحدُهما نصيبَ الآخر، حكمَ بعتقِ أحدِ النصفَين.

ولو باعاه لثالثٍ، حكمَ بعتق أحدِ النصفَين [أيضاً]، ولا رجوعَ علىٰ واحدٍ منهما؛ لأنَّ كُلَّ واحدٍ يَزْعُمُ أنَّ نصيبَه مملوك، هٰذا هو الأصحُّ، وبه قال القَفَّالُ، وقطع به الغزاليُّ، وحكىٰ الشيخُ أبو عليٍّ وجهاً: أنه إنِ اشتراه عالماً بالتعليقين، فلا رجوعَ له، وإن لم يعلَمْ، ثم علمَ، فله الردُّ، كما لو اشترىٰ عبداً، فبانَ أَنَّ نصفَه حُرٌّ، فعلىٰ هٰذا: يرد العبد؛ لأن نصفَه حُرٌّ، والنصفُ الآخر مَعيب بسبب التَّشْقيصِ.

قال الشيخُ أبو عليٍّ: ولو اختلف النصيبانِ، لم يَعْتِقْ إلاَّ أقلّهما.

ولو تَبَادَلا النصيبَين، فإنْ لم يحنِّثْ واحدٌ منهما صاحبه؛ بل اعترفا بالإشكال، لم يحكمْ علىٰ واحد منهما بعتقِ شيء، والحكمُ بعد المبادلة كالحُكم قبلها. وإنْ حَنَّثَ كُلُّ واحدٍ الآخَر، حكمَ بعتق الجميع؛ لاعتراف كل واحد بعتقِ ما صار إليه، ويكونُ الولاءُ موقوفاً.

وإنْ حَنَّثَ أحدُهما صاحبه، ولم يُحَنِّثْهُ الآخَر، حكمَ بعتقِ ما صار للمحنّث، وولاؤُهُ موقوفٌ، ولا يحكمُ بعتق نصيبِ الآخَر.

وإنْ كانا موسِرَين، فإنْ قلنا بتعجيل السِّرَاية، عَتَقَ العبدُ؛ لأنا نتحقَّقُ حِنْثَ أحدِهما، وإن لم نتمكَّنْ مِنَ التعيين، فيعتِقُ نصيبُهُ، ويَسْري إلىٰ الثاني، والولاءُ

موقوفٌ، ولكلِّ واحدٍ منهما أَنْ يدَّعي قيمةَ نصيبهِ علىٰ الآخَر، ويحلفُهُ علىٰ البَتِّ؛ أنه لم يحنثْ.

وإنْ قلنا: لا تَحْصُلُ السِّرايةُ إلاَّ بأداءِ القيمةِ، لم يحكمْ بعتقِ شيء منه، والحكمُ كما في المعسِرين.

قال الشيخ أبو عليٍّ: فإن ادَّعىٰ كُلُّ واحدٍ علىٰ صاحبه أنه عَتَقَ نصيبُهُ، وأرادَ طلبَ القيمة، حلَّفه، كما ذكرنا علىٰ قول تعجيل السِّراية.

وإنْ كان أحدُهما موسِراً، والآخَرُ معسِراً، فإنْ قلنا بتعجيل السراية، عَتَقَ نصيبُ المعسِر بكلِّ حالٍ، ولا يعتِقُ نصيبُ الموسِرِ؛ للشكِّ فيه. وإِنْ أخَّرناها إلىٰ أداء القيمة، لم يحكمْ بعتق شيء في الحالِ، وللمعسِرِ [١٣١٧ / ب] أن يدَّعيَ التقويمَ علىٰ الموسِر، ويحلِّفَه.

فَرْعٌ: قال أحدُهما: أعتقناهُ معاً، وأنكرَ الآخَر، فإنْ كانا موسِرَين، أو كان القائل موسِراً، فقد أطلقَ ابْنُ الحَدَّاد أنه يحلفُ المنكر، وتابعه جماعةٌ.

قال الشيخُ: إنما يحلفُ عندي إذا قال للمقرِّ: أنتَ أعتقتَ نصيبكَ، وأنا لم أعتقْ، وأراد طلبَ القيمة فيحلِّفه، أنه لم يعتقْ معه؛ ليأخذَ القيمةَ؛ لأنَّ المقرَّ أَقَرَّ بما يوجِبُ القيمةَ، وادَّعىٰ ما يسقطُها، وهو الموافَقَةُ(١) في الإعتاق، فيدفعُ يمينه المسقط.

فأمَّا إذا قال: لم تعتقْ نصيبك، ولا أنا أعتقتُهُ، فلا مطالبةَ بالقيمة، ولا يمينَ. وهل يحكم بإعتاقِ جميعِ العبد بإقرارِ الموسِر ؟ إنْ أثبتْنا السرايةَ بنفسِ الإعتاقِ، فَـنَعَمْ، وإِنْ أخَّرناها، لم يَعْتِقْ نصيبُ المنكرِ.

وإذا حلفَ المنكرُ في التصوير الأول أخذَ القيمة من المقرِّ، وحكمَ بعتقِ جميعِ العبدِ، وولاءُ نصيبِ المنكرِ موقوفٌ.

فلو مات العتيقُ، ولا وارثَ له سوىٰ المقرِّ، أخذَ نصف ماله بالولاءِ. وهل له أَنْ يأخذَ من النصف الآخَر قَدْرَ نصفِ القيمةِ الذي غَرِمَهُ للمنكر ؟ وجهانِ.

أحدهما: نَعَمْ؛ لأنه إن صدقَ، فالمنكرُ ظالم له، وهـٰذا مالُه بالولاء، وإن

---

(١) في المطبوع: « الموافق ».

كذبَ، فهو مُقِرٌّ بإعتاقِ جميعهِ، فجميعُ المال له بالولاءِ، والثاني ؛ لاختلافِ الجهة.

قلتُ[١]: الأولُ أصحُّ. **واللهُ أعلمُ**.

وإنْ رجَع المنكر عن إنكاره، وصدَّقَ المقرّ، ردّ ما أخذ منه.

وإنْ رجَعَ المقرّ، واعترفَ بأنه أعتقَه كُلَّه، قُبِلَ، وكان جميعُ الولاء له، كما لو نفىٰ نسَباً يلحقُهُ، ثم استلحَقَهُ.

فَرْعٌ: عبدٌ بين ثلاثة، شهدَ اثنانِ منهم أَنَّ الثالثَ أعتقَ نصيبَه، فإنْ كان الثالثُ مُعسراً، قُبلَتْ شهادتُهما، وحكمَ بعتق نصيبِ الثالثِ، ورَقَّ الباقي. وإنْ كان موسِراً، فالأصحُّ، وبه قال ابْنُ الحَدَّاد: أَنَّ شهادتَهما باطلة؛ لأنهما مُتَّهمان بإثْبات القيمة، فلا يَعْتِقُ نصيبُهُ، ولا يلزمُهُ لهما قيمة، ويعتِقُ نصيبهما؛ لاعترافهما بالسِّرَاية [إليه].

وقيل: تقبلُ شهادتُهما في عِتْقِ نصيبه دون القيمة، وهو ضعيف، والحكم بعتقِ نصيبِهما مفرَّع علىٰ تعجيل السِّرَاية؛ فإنْ أَخَّرْناها، لم يَعْتِقْ شيءٌ من العبدِ، لٰكن لا ينفذُ تصرُّفهما؛ لاعترافهما بأنَّهُ مستحقُّ العتقِ علىٰ الثالثِ، هٰكذا حكاه الشيخ أبو عليٍّ عن بعض الأصحاب، وصحَّحه، ويجوزُ أَنْ يقال: قد سبقَ أَنَّ تعذرَ حصولِ القيمةِ بإعسارٍ وغيرِهِ يرفع الحَجْرَ عن الشريك، والتعذُّرُ هنا حاصِل.

الحاديةَ عَشْرَةَ: إذا قلنا: السِّراية تحصُلُ بنفس الإعتاق، فلَهُ حكمُ الأحرارِ في الإرثِ، والشهادةِ، والحَدِّ، والجِناية، وإنْ لم يؤدّ القيمة، وإنْ أَخَّرناها إلىٰ أداءِ القيمةِ، فله حكمُ الأرقَّاء فيها حتَّىٰ يؤدّي، وإنْ توقَّفْنا[٢]، توقَّفنا في هٰذه الأحكام.

الثانيةَ عَشْرَةَ: لو أعتقَ شِرْكاً[٣] له في حُبْلىٰ، وهو موسِر، ولم يقوّمْ عليه حتَّىٰ ولدت، عَتَقَ معها ولدُها؛ تفريعاً علىٰ السِّراية في الحال، فأما إذا أَخَّرناها إلىٰ الأداءِ فنصّ أنه ينبغي أَنْ لا يَعْتِقَ الولدُ معها؛ لأنه إنما يَعْتِقُ بعتقها إذا كان حَمْلاً، فأما بعد الولادة فلا.

---

(١) كلمة: « قلتُ » ساقطة من المطبوع.

(٢) كلمة: « توقَّفنا » ساقطة من (ظ)، والمطبوع، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٣٤٠).

(٣) في المطبوع: « شركاء »، خطأ. (الشِّرْكُ): النصيبُ. قال في المصباح: « ومنه قولهم: ولو أعتق شِرْكاً له في عبدٍ ».



قال القاضي أبو حامد: معناه أَنَّ نَصيبَ الذي لم يَعْتِقْ من الولد مملوكٌ، فأمَّا نصيبُ المعتق فيجبُ أَنْ يعتقَ.

وقال ابْنُ الصبَّاغ: عندي أنه أرادَ أَنَّ نصيبَ الذي لم يَعْتِقْ من الولد، لا يعتقُ بدفعِ [١٣١٨ / أ] نصفِ قيمة الأُم وعِتقها، وإلاَّ فقد عَتَقَ من الولد نصيب المعتقِ وهو موسِر، فوجبَ أَنْ يَسْريَ.

قلتُ: هٰذا الذي قاله ابْنُ الصبَّاغ ضعيفٌ. **واللهُ أعلمُ**.

الثالثةَ عَشْرَةَ: وكَّلَ شريْكَهُ في عِتق نصيبِهِ، فقال الوكيلُ للعبد: نصفُكَ حُرٌّ، فإنْ قال: أردتُ نصيبي، قُوِّمَ عليه نصيبُ شريكه، وإنْ قال: أردتُ نصيبَ شريكي، قُوِّمَ علىٰ الشريك نصيبُ الوكيلِ، وإنْ أطلقَ، فعلىٰ أيِّهما يحملُ؟ وجهانِ حكاهما في « الشامل »[١].

قلتُ: لعلَّ الأصحَّ حملُهُ علىٰ نصيبِ الوكيلِ. **واللهُ أعلمُ**.

الرابعةَ عَشْرَةَ: مريضٌ له نِصْفا عبدَين، قيمتُهما سواءٌ، لا مالَ له غيرهما، فقال: أعتقتُ نصيبي مِنْ سالم ومِنْ[٢] غانم، وقلنا: السرايةُ تتعجّلُ، عَتَقَ ثُلُثا نَصِيبه مِنْ سالم[٣]، وهو ثلثُ مالِهِ، ولا يَعْتِقُ مِنَ الآخر شيء.

ولو قال: نَصيبي من هذَين حُرٌّ، عَتَقَ ثُلُثا نَصِيبه مِنْ أحدِهما، فيقرعُ، ويَعْتِقُ، فمَنْ خرجَتْ قُرعتُهُ، عَتَقَ ثُلُثا نَصِيبه، وإنْ [كان][٤] نِصْفَاهما ثلثَ ماله فقال: أعتقتُ نَصِيبي مِنْ سالم ومن غانِم، عَتَقَ سالمٌ بالمباشرة والسِّراية، ولم يَعْتِقْ من غانمٍ شيءٌ.

ولو قال: نَصيبي منهما حُرٌّ، عَتَقَ النصفانِ، ولا سِرَايةَ.

الخامسةَ عَشْرَةَ: أَمَةٌ حامِلٌ من زوجٍ، اشتراها زوجُها وابنها الحُر

---

(١) الشامل: لابن الصبَّاغ، عبد السيِّد بن محمد. سلفت ترجمته.

(٢) كلمة « من » ليست في المطبوع.

(٣) في هامش (ظ)، والمطبوع زيادة: « فقال الوكيل للعبد: نصفك حُرٌّ، فإن قال: أردتُ نَصيبي من سالمٍ ومن غانم، وقلنا: السرايةُ تعجلُ، عتق ثلثا نصيبه من سالمٍ »، وهي إقحام ناسخ، وانظر: (فتح العزيز: ١٣ / ٣٤١).

(٤) كلمة: « كان » لم ترد في (ظ)، ولا في المطبوع.

معها[1]، وهما موسِران، فالحكمُ كما ذكرنا لو أوصىٰ مالكُها بهما لهما، وقبلا الوصيَّة معاً، وقد ذكرناه في « الوصايا »، ومختصرُهُ أَنَّ الأمَةَ تَعْتِقُ علىٰ الابن، والحَمْلُ يَعْتِقُ عليهما، ولا يقوّمُ.

السادسةَ عَشْرَةَ: شهدَ رجلانِ أَنَّ زيداً أعتقَ نصيبَه من المشتَرك، وهو موسِر، وحكمَ القاضي بشهادتهما، ثم رَجَعا، فشهادتُهما تثبتُ عِتْق نصيبه، ويوجبُ عليه قيمة نصيبِ شريكه، فيَغْرَمان قيمةَ نصيبه قطعاً؛ لأن شهودَ العتق يَغْرَمون بالرجُوع. وهل يغرمانِ له قيمةَ نصيب الشريك التي غَرِمها ؟ قولانِ؛ لأن في تغريم شهودِ المال قولَين سبقا.

هٰذا إذا صدَّقَ الشريكُ الشهودَ، وأخذَ القيمةَ، وعَتَقَ جميعُ العبد، إمَّا بنفسِ الإعتاق، وإمَّا بدفعِ القيمةِ، فأمَّا إذا كذَّبهم، وقال: لم يَعْتِقْ زيدٌ نصيبَه، فإن عَجَّلنا السِّرايةَ، عَتَقَ الجميعُ، ولا يلزمهُ للشريك شيء، وإنْ أَخَّرْناها، قال الشيخ أبو عليٍّ: يُجْبرُ علىٰ أخذِ القيمةِ؛ ليكملَ العتق، ثم يلزمُه ردّها إن أصرَّ علىٰ تكذيب الشهود، كما لو جاء المكاتَبُ بالنجْم الأخير، فقال السيدُ: هٰذا حرامٌ غصبتَه من فلانٍ، يجبرُ علىٰ أخذه، ثم يردُّه علىٰ مَنْ أَقرَّ له.

ولو شهد اثنان علىٰ شريكٍ أنه أعتقَ نصيبَه، وآخرانِ علىٰ الشريك الآخر أنه أعتقَ نصيبَه، وهما موسران، فإنْ أرّخَت البَـيِّنتانِ، عَتَقَ كُلُّهُ علىٰ الأول، إنْ عجَّلنا السِّرَاية، وعليه قيمةُ نصيبِ الآخر، وإنْ أخَّرناها إلىٰ أداء القيمة، فعلىٰ الخلاف السابق في أَنَّ إعتاقَ الثاني قبلَ أداء القيمة، هل يَنْفُذُ ؟ إنْ قلنا: لا، وهو الأصحُّ، أخذت قيمة نصيبه من الأول ليعتقَ، وإن لم يؤرّخا، عَتَقَ العبدُ كلُّه، ولا تَقْويمَ.

فلو رَجَعَ الشاهدانِ علىٰ أحدِهما، لم يَغْرَما شيئاً؛ لأنا لا ندري أَنَّ العتقَ في النصف الذي شهدا به حصلَ بشهادتهما، أم بشهادةِ الآخرين بالسِّرَاية، فلا يوجبُ شيئاً بالشك، وإنْ رجعوا جميعاً، فقيل: الحكمُ كذٰلك، والأصحُّ أنهم يَغْرَمونَ قيمةَ العبد؛ لأنه إذا لم يكن تاريخ، فالحكمُ بعتق العبد معلَّقٌ بشهادة الأربعة، ويقدَّر كأنَّ الإعتاقَين وقعا معاً. وبالله التوفيق [١٣١٨ / ب].

الخِصّيصةُ الثانيةُ: العتقُ بالقرابة، فمَنْ مَلَكَ أباه، أو أُمَّهُ، أو أحدَ أصوله من

(١) في (أ، ظ): « معاً ».

الأجدادِ والجدَّاتِ من جهة الأبِ، أو الأمِّ، أو مَلَكَ من أولادِهِ، وأولادِ أولادِه وإنْ سفلُوا، عَتَقَ عليه، سواء مَلَكَه قهراً بالإرثِ، أم اختياراً بالشراءِ والهبة، وغيرِهما، ولا يَعْتِقُ غير الأصول والفروع، كالإخوةِ، والأعمام، والأخوال، وسائر الأقارب.

وليس لوليِّ الصبيِّ والمجنون أن يشتري [لهما] مَنْ يَعْتِقُ عليهما، فإنْ فَعَلَ، فالشراءُ باطل.

ولو وهبَ للصبيّ قريبه، أو أوصي له به، نُظِرَ:

إنْ كان الصبيُّ معسِراً، فلوليِّه قَبولُهُ، ويلزمه القَبول على الأصحِّ وظاهرِ النصِّ، فإذا قَبِلَ، عتقَ على الصبي.

وإنْ كان موسِراً، نُظِرَ:

إنْ كان القريبُ بحيث تجبُ نَفَقَتُهُ[1] في الحال، لم يجز للوليِّ القَبول.

وإنْ كان بحيث لا تجبُ[2]، فعلىٰ ما ذكرنا في المعسِر، وإذا لم يَقْبَل الوليّ قَبِلَ الحاكمُ، فإنْ لم يفعَلْ، فللصبيِّ بعد بلوغه القَبولُ، كذا ذكره الرُّوْيانِيُّ، وليكن هٰذا في الوصيَّة.

ولو وهبَ له بعض القريب، أو أوصيَ له به، فإن كان الصبيُّ معسِراً، قَبِلَ الوليُّ، وإنْ كان موسِراً، زادَ النظرُ في غَرامة السِّراية، وفيه قولان.

أظهرُهما: لا يقبلُ؛ لأنه لو قَبِلَ، لَعَتَقَ على الصبيِّ، وسرىٰ، ولزمَهُ قيمة الشريك، وفيه ضررٌ.

والثاني: يقبلُ، ويَعْتِقُ عليه، ولا يَسْري. وقيل: ليس له القَبولُ قطعاً، وإنما القولانِ في صحةِ القبولِ.

فَرْعٌ: اشترىٰ في مرض موتِهِ قريبَهُ؛ فإمَّا أَنْ يشتريَه بثمنِهِ، أو بمُحَاباة، وعلى التقدير الأول: قد يكونُ عليه دَين، وقد لا، وقد سبقَ بيانُ كل ذٰلك في « الوصية »، وذكرنا أنه إذا لم يكن دَيْنٌ ولا وصيَّةٌ، اعتبرَ عتقه من الثلُث، فإنْ خَرَجَ كلّه من ثلُثه، عَتَقَ، وإلاَّ، عَتَقَ قَدْر الثلثِ.

---

(١) في المطبوع: « يجب تعففه ».
(٢) في المطبوع: « يجب ».

وإنْ ملكَهُ بإرثٍ، عَتَقَ من رأسِ المالِ علىٰ الأصحِّ حتَّىٰ يَعْتِقَ كلّه، وإنْ لم يكن مالٌ آخَر.

وقيل: من الثلُث حتَّىٰ لا يعتقَ إلَّا ثلُثه، إذا لم يملكْ شيئاً آخَرَ.

ولو ملَكَهُ بهبةٍ، أو وصيَّة، فإنْ قلنا: الإرث من الثلُث، فهنا أَوْلىٰ، وإلَّا فوجهان، والمسألة مبسوطةٌ في « الوصايا ».

فَرْعٌ: مِنْ قواعد « كتاب السِّيَرِ » أَنَّ الحربيَّ إذا قهرَ حربيّاً، مَلَكَهُ، قال الإمامُ: ولم يشترطِ الأصحابُ قصْدَ الإرقاقِ؛ بل اكتفَوا بصورة القَهر، وعندي لا بدَّ من القصْدِ؛ فإنَّ القهرَ قد يكون للاستخدامِ، فلا يتميزُ قهرُ الإرقاق إلَّا بالقصد، فإذا قهرَ عبدٌ سيدَه الحربيَّ، عَتَقَ العبدُ، وصارَ السيدُ رقيقاً له.

ولو قهرَ الزوجُ زوجتَه، واسترقَّها، ملكَها، وجاز له بيعُها، وكذا لو قهرَت زوجَها.

ولو قَهَرَ حربيٌّ أباه أو ابنَهُ، فهل له بيعُهُ؟ وجهانِ.

أحدُهما: لا، وبه قال ابْنُ الحَدَّاد: لا يعتقُ عليه بالملك.

والثاني: نَعَمْ؛ لأن القهرَ دائم، وبهـٰذا أفتىٰ الشيخ أبو زيد[١]، ويشبهُ أَنْ يرجّح الأول، ويتجه أَنْ يقال: لا يملكُهُ بالقهر؛ لاقترانِ سببِ العتقِ بسبب الملكِ، ويخالفُ الشراء؛ فإنَّا صحَّحناه؛ لكونه ذريعةً إلىٰ تخليصه مِنَ الرقِّ.

فَرْعٌ: قد سبقَ أنه لو اشترىٰ بعضَ قريبه، عَتَقَ عليه، وسرىٰ إلىٰ الباقي، وفي معناه قَبولُ الهبةِ والوصيَّة.

ولو ورثَ نصفَهُ [١٣١٩ / أ] لا يَسْري.

وشراءُ الوكيلِ، وقَبولُهُ الهبةَ والوصيةَ كشرائِهِ، وقَبولِهِ؛ لصدورِه[٢] عن اختياره، وكذا قَبولُ نائبه شرعاً، حتَّىٰ لو أوصي له ببعضِ ابنه، فمات، وقبلَ الوصيَّةَ أخوهُ[٣]، عَتَقَ الشِّقْصُ علىٰ الميت، وسرىٰ إلىٰ الباقي إنْ وفىٰ به الثلُث، وينزلُ قَبولُ وارثه منزلةَ قَبوله في حياته.

---

(١) الشيخ أبو زيد: هو المَرْوَزِيُّ، محمد بن أحمد. سلفت ترجمته.

(٢) في (أ): « لضرورة »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٣٤٦).

(٣) في المطبوع: « وقبل الأخ الوصية ».



ولو أوصىٰ له ببعض مَنْ يَعْتِقُ علىٰ وارثه؛ بأن أوصىٰ له ببعضِ ابْنِ أخيه، فمات، وقبلَ الأخُ الوصيةَ، عَتَقَ الشِّقْصُ[١]، ولا سِرَايةَ علىٰ الأصحِّ؛ لأنَّ المِلْكَ حصلَ للميت أوَّلاً، ثم انتقلَ إلىٰ الأخ إرثاً.

ويجري الخلافُ في السِّرَاية حيثُ يملكُ بطريقِ اختيارٍ، يتضمَّن المِلكَ، ولا يقصد به التملّك، كما إذا باع ابنَ أخيه بثوبٍ، ومات، ووارثُهُ الأخُ، فردَّ الثوب بعَيب، واستردّ الشِّقْص، عَتَقَ عليه. وفي السرايةِ الخلافُ.

ولو وهبَ لعبدٍ بعض مَنْ يَعْتِقُ علىٰ سيدِه، فَقَبِلَ، وقلنا: يصحُّ قَبولُه بغير إذنِ سيِّده، عَتَقَ الموهوبُ علىٰ السيدِ، وسرىٰ؛ لأن قبولَ العبد، كقبولِه شرعاً.

قلتُ: هـٰذا مُشكل، وينبغي أَنْ لا يسريَ؛ لأنه دخلَ في مِلكه قهراً، كالإرثِ. **والله أعلمُ.**

فَرْعٌ: جرحَ عبدٌ أباه، فاشتراه الأبُ، ثم ماتَ بالجراحة. إنْ قلنا: تصحُّ الوصيةُ للقاتِل، عَتَقَ من ثلُثه، وإلاَّ لم يَعْتِقْ. وعلىٰ هـٰذا: قال البَغَويُّ[٢]: ينبغي أَنْ تجعلَ صحَّة الشراء علىٰ وجهين، كما لو اشتراه وعليه دَينٌ.

الخِصِّيصةُ الثالثةُ: امتناعُ العِتقِ بالمرض، سبق في «كتاب الوصايا» أنَّ التبرُّعاتِ في مرضِ الموتِ تحسَبُ مِنَ الثلُث، وأَنَّ العتقَ من التبرُّعات، وقد يندفِعُ بوقوعه[٣] في المرض، وإنما يعتبرُ الثلُث بعد حَطِّ قَدْرِ الدَّيْن، فلو كان الدينُ مستغرِقاً، لم يَعْتِقْ شيءٌ منه، فإِنْ أعتقَ عبداً[٤] لا مال له سواه، لم يَعْتِقْ إلا ثلثُهُ، وإنْ مات هـٰذا العبدُ بعد موت السيدِ، ماتَ، وثلثُهُ حُرٌّ، وإنْ مات قبل موتِ السيدِ، فهل يموتُ كلُّه رقيقاً، أم كُلُّه حُرّاً، أم ثلُـثُه حُرّاً وباقيه رقيقاً؟ فيه أوجُهٌ. أصحُّها عند

(١) في المطبوع زيادة: «علىٰ الميت، وسرىٰ إلىٰ الباقي إنْ وفىٰ به الثلث، وينزل قبولُ وارثه منزلة قبوله في حياته. ولو أوصىٰ له ببعض من يعتق علىٰ وارثه؛ بأن أوصىٰ له ببعضِ ابن أخيه، فمات، وقبل الأخ الوصية، عتق الشقصُ»، وهي إقحام ناسخ، أو غيره. وانظر: (فتح العزيز: ١٣ / ٣٤٦).

(٢) انظر: (التهذيب: ٨ / ٣٩٥ ـ ٣٩٦).

(٣) في المطبوع: «لوقوعه».

(٤) في المطبوع: «عبدٌ».

الصَّيْدلاني : الأولُ، وبه أجاب الشيخ أبو زيد في مجلس الشيخ أبي بَكْرٍ المحموديِّ[١]، فرضيَه وحَمِده عليه؛ لأن ما يَعْتِقُ ينبغي أَنْ يحصلَ للورَثَة مِثْلاه، ولم يحصُلْ لهم هنا شيءٌ.

وتظهرُ فائدةُ الخلاف في شيئين.

أحدهما: لو وهبَ في المرض عبداً، لا يملكُ غيرَه، وأقبضَه، ومات العبدُ قبل السيدِ، فإنْ قلنا في مسألة العتقِ: يموتُ رقيقاً، ماتَ هنا علىٰ مِلْك الواهِب، ويلزمه مؤونةُ تجهيزه.

وإن قلنا: يموت حُرّاً، مات هنا علىٰ ملكِ الموهوبِ له، فعليه تجهيزُهُ.

وإن قلنا بالثالثِ، وزِّعَتِ المؤونةُ عليهما.

الثاني: إذا كان لهٰذا العبدِ ولدٌ من مُعْتَقَةٍ[٢]، كان ولاءُ الولَد لموالي[٣] أُمِّهِ، فإن قلنا: يموتُ حُرّاً، انْجَرَّ الولاءُ إلىٰ معتقِ الأب، وإنْ قلنا: يَعْتِقُ ثُلُثُه، انجرَّ ولاءُ ثُلُثه.

ولو أعتقَ في مرضه عبداً، وله مالٌ سواه، وماتَ العتيقُ قبل موتِ السيدِ، قال الإمامُ: قال جماهير الأصحاب: لا يجبُ من الثلُثِ، ويجعل كأنه لم يكن؛ لأن الوصيَّة إنما تتحقَّق بالموت، فإذا لم تبقَ إلىٰ الموت، لم يدخُلْ في الحساب.

قال: ويجيءُ علىٰ قولنا: حكمُهُ بعد الموتِ كحكمِهِ لو عاش، أَنْ يحسبَ من الثلُثِ.

ولو وهب [١٣١٩ / ب] عبداً، وأَقبضَه، وله مال آخَرُ، فتلفَ في يد المتَّهب قبلَ موتِ الواهبِ، فهو كما لو أعتقَهُ، كما أَنَّ هبتَهُ ولا مالَ له سواه، كإعتاقه ولا مالَ له سواه.

ولو أتلفه المتَّهِب، فهو كما لو كان باقياً، حتَّىٰ إذا كان له مالٌ آخَرُ، يحسبُ الموهوب مِنَ الثلُث، وإذا لم يخرُجْ من الثلُثِ، يَغْرَمُ الموهوب للورثة ما زادَ علىٰ

(١) هو محمد بن محمود المروزي المعروف بالمحمودي. سلفت ترجمته.
(٢) في المطبوع: « معتقه ».
(٣) في (ظ): « لمولىٰ »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٣٤٨).

الثلُثِ، بخلاف ما إذا تلفَ؛ لأنَّ الهبةَ ليست مُضمنةً، والإتلافُ مُضمنٌ علىٰ كلِّ حال، وللإمام احتمالٌ في إلحاق التلفِ بالإتلاف، وعكسه.

فَرْعٌ: أعتقَ ثلاثةَ أعبُدٍ لا يملكُ غيرَهم، قِيمتُهم سواء، فمات أحدُهم قبلَ موتِ السيدِ، فالذي نص عليه الشافعيُّ، رحمَهُ الله، وأطبق عليه فِرق الأصحابِ: أَنَّ الميتَ يدخلُ في القُرعة. قال الإمامُ: وقياس ما ذكرنا في العبد الواحد أَنْ يجعلَ الفائت كالمعدوم، ويجعلَ كأنه أعتقَ عبدَين، لا مال له سواهما، وجَعَلَ [الغزاليُّ] هٰذا الاحتمالَ وجهاً، والتفريعُ علىٰ الأولِ، فإنْ خرجَت القرعةُ علىٰ الميت، بانَ أَنَّه ماتَ حُرّاً موروثاً عنه، ورَقَّ الآخرانِ.

وإنْ خرجَ عليه سهمُ الرقِّ، لم يحسَبْ علىٰ الورثة؛ لأنهم يريدون المالَ، ويحتسبُ به عن المعتق[1]؛ لأنه يريدُ الثوابَ، وتعادُ القرعةُ بين العبدَين، كما لو لم يكن إلَّا عبدانِ، فأعتقَهما، فمن خرجَ له سهمُ العتقِ، عَتَقَ ثُلُثاهُ، ورَقَّ ثلُثُه مع العبدِ الآخَر.

ولو خرجَ سهمُ العتقِ أوَّلاً علىٰ أحد الحَيَّين، فكذٰلك يَعْتِقُ ثُلُثاهُ.

ولو مات أحدُهم بعد موت السيدِ وقَبْلَ امتدادِ يدِ الوارثِ إلىٰ التركة، فالحكمُ كما لو مات قبلَ موتِ السيدِ، ولفظُ الصَّيْدلانِيِّ يقتضي الاكتفاءَ بأن لا يكونَ الميت في يده؛ لثبوتِ الحكمِ المذكورِ.

وإنْ ماتَ بعد امتداد يدِ الوارثِ إلىٰ التركةِ، وقبلَ الإقراعِ، فوجهَانِ.

أصحُّهما: يحسبُ الميت علىٰ الوارث، حتَّىٰ لو خرجت القرعةُ لأحدِ الحَيَّين، عَتَقَ كُلُّهُ؛ لأنَّ الميتَ دخل في يده وضمانه.

والثاني: أنه كما لو مات قبل ثُبوت يده علىٰ التركة؛ لأنه لم يتسلَّطْ علىٰ التصرُّف.

ولو مات اثنانِ منهم قبل موتِ السيدِ، قال ابن أبي هُرَيْرَةَ: يقرعُ بينهم، فإنْ خرجَ سهمُ العتقِ علىٰ أحد الميتَين، صحَّ عِتْقُ نصفِه، وجعلَ للورثة مثلاه، وهو العبدُ الحيُّ.

---

(١) في (أ): « العتق ».

وإنْ خرجَ سهمُ الرقِّ عليه، أَقْرَعْنا بين الميت الآخَر والحيِّ، فإنْ خرجَ سهمُ الحريَّةِ علىٰ الميتِ الآخَر، أعتقْنا نصفَه.

وإنْ خرجَ سهمُ الرقِّ عليه، لم يحسَبْ علىٰ الورثة، وأعتقنا ثُلُثَ الحَيِّ.

ولو قُتِلَ أحدُ العبيدِ قبلَ موتِ السيدِ، أو بعدَه، دخل القتيلُ في القُرعة قطعاً؛ لأن قيمته تقومُ مقامَه، فإن خرجَ سهمُ العتقِ لأحدِ الحَيَّينِ، عَتَقَ كُلُّهُ، وللورَثةِ الآخَرُ، وقيمةُ القتيلِ[1].

وإنْ خرجَ للقتيل، بانَ أنَّه قتلَ حُرّاً، وعلىٰ قاتلِهِ الديةُ لورثته.

وأَمَّا القصاصُ فعن بعض الأصحاب: أنه لا يجبُ إِنْ كان قاتله حُرّاً، بخلاف ما إذا قال لعبده: إنْ جَرَحكَ أحدٌ، فأنتَ حُرٌّ قبلَه، فجرحَهُ حُرٌّ، ومات بالجِراحة، وجبَ القصاصُ؛ لأنَّ الحريةَ متعيّنة فيه، وهنا التعيينُ بالقُرعة. قال البغوي[2]: يحتملُ أَنْ يكون في المسألتين وجهانِ؛ لأنه قتل مَن [١٣٢٠ / أ] اعتقد رِقّه كما لو قتل من عرفه رقيقاً، فبانَ عتيقاً، ففي القصاص قولانِ.

الخِصِّيصةُ الرابعةُ: القُرْعَةُ، وفيها طرفانِ.

أحدُهما: في مَحلِّها، وهو أَنْ يعتقَ في مرض موته عبيداً دَفْعةً، ويقصرَ عنهم ثلُث ماله، ولا يُجيز الورثةُ عتقَهم، فيقرع بينهم؛ لتجتمعَ الحرِّيةُ في بعضِهم، فيعتِق بكمالِهِ[3]، أو يقرب مِنَ العتقِ. وفي الضابط قيودٌ.

أحدها: وقوعُ الإعتاقِ في مرضِ الموتِ، فإذا انتفىٰ عَتَقُوا كُلُّهم.

الثاني: أَنْ يعتقَهم دَفعةً؛ بأن يوكّلَ بإعتاق كُلِّ واحدٍ وكيلاً، فيعتقوا معاً، أو يقولَ: هٰؤلاء أحرارٌ، أو يقولَ لهم: أعتقتكُم، أو أنتم أحرارٌ، فإنْ أعتقَهم مُرَتَّباً[4]، قدّم الأول فالأول، إلىٰ تمام الثلُث، كقوله: سالِم حُرٌّ، وغانم حُرٌّ، وفائِق

---

(١) في (ظ)، والمطبوع: « ولورثة الآخر قيمة القتيل »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٣٥١)، وانظر: (التهذيب: ٨ / ٣٨٧).

(٢) انظر: (التهذيب: ٨ / ٣٨٧).

(٣) كلمة: « بكماله » ساقطة من المطبوع.

(٤) في المطبوع: « أولاً » بدل: « مُرَتباً ».

حُرٌّ، فلو قال: سالمٌ وغانِم وفائِق أحرار، فهو مَحلُّ القُرعة.

ولو قال: سالم وغانم وفائق حُرٌّ، فعن القاضي أبي حامد: أنه يراجَعُ، فإن قال: أردتُ حريةَ كُلِّ واحدٍ منهم، فهو كقوله: أنتم أحرارٌ، وإنْ قال: أردتُ حريةَ الأخيرِ، قُبِلَ، ولا قرعةَ، وإن قال: أردتُ[1] حرية غيره، لم يقبل.

الثالثُ: أَنْ يقصرَ عنهم ثلثُ ماله، ولم تُجزِ الورثَةُ، فإنْ وفىٰ الثلثُ بهم، أو أجازَ الورثةُ، عَتَقُوا جميعاً.

ولو أوصىٰ بإعتاقِ عبيدٍ، ولم يَفِ الثلُث بهم، ولم يُجِزِ الورثَةُ، أقرعَ أيضاً، وسواء أوصىٰ بإعتاقهم دَفْعةً، أو قال: أعتِقوا فلاناً، ثم قال: أعتِقوا فلاناً؛ لأن وقت الاستحقاقِ واحد، وهو الموتُ، بخلاف ما إذا رتّب الإعتاق المنجّز إلاَّ أَنْ يقيدَ، فيقول: أَعتقوا فلاناً، ثم فلاناً.

ولو علّقَ العتق بالموت، فقال: إذا مِتُّ فأنتم أحرارٌ، أو أعتقتُكم بعد موتي، أو رتّبَ فقال: إذا مِتُّ، ففلانٌ حُرٌّ، أقرعَ أيضاً. وفي الوصيةِ والتعليقِ وجهٌ: أنه لا قُرْعةَ؛ بل يعتقُ من كُلِّ واحدٍ ثُلُثه، والصحيحُ: الأول.

ولو قال: أعتقتُ ثُلُثَ كُلِّ واحد منكم، أو أثلاثُ هـٰؤلاءِ أحرارٌ، فوجهانِ.

أحدهما: لا يقرعُ؛ بل يَعْتِقُ مِنْ كل واحد ثلثُه؛ لتصريحهِ بالتبعيض.

وأصحُّهما: يقرعُ، وقد سبقَ في «الوصايا» أنه لو قال: أَعتقتُ ثلثَكم، أو ثلثُكم حُرٌّ، فهو كقوله: أعتقتُكم، أم كقوله: أثلاثُ هـٰؤلاءِ أحرارٌ، فيه طريقان.

وأنه لو أضافَ إلىٰ الموت فقال: ثلثُ كُلِّ واحدٍ حُرٌّ بعد موتي، أو أثلاثُ هـٰؤلاءِ أحرارٌ بعد موتي، عَتَقَ مِنْ كل واحد ثلثه، ولا قُرعة علىٰ الصحيحِ.

فَرْعٌ: يعتبرُ لمعرفةِ الثلُث فيمن أعتقَه منجّزاً في المرض قِيمة يوم الإعتاق، وفيمَن أوصىٰ بعتقه قيمة يوم الموت؛ لأنه وقتُ الاستحقاق، وفيما يبقىٰ للورثة أقل قيمة من يوم الموتِ إلىٰ أن يقبضوا التركة؛ لأنه إنْ كانت قيمةُ يوم الموتِ[2] أَقَلَّ،

---

(١) كلمة: «أردتُ» ساقطة من المطبوع.

(٢) قوله: «لأنه وقت الاستحقاق..... إنْ كانت قيمة يوم الموت» ساقط من (ظ)، والمطبوع، المثبت من (أ، س)، وهو موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٣٥٣).

فالزيادةُ حصلَتْ في مِلكهم، وإنْ كانت يومَ القبضِ أقلَّ، فما نقصَ قبلَ ذٰلك، لم يدخُلْ في يدِهم، فلا يحسبُ عليهم، كالذي يغصبُ، أو يضيعُ من التركة قبل قبضهم.

وإذا نجزَ[1] إعتاق عبدٍ، وأوصىٰ بإعتاقِ آخَر، قَوَّمنا المنجَّز حال إعتاقِه، والآخَرَ حالَ الموت، وبقيّة التركة بأقلِّ القيمتَين، فإنْ خرَجا[2] مِنَ الثلُث، عَتَقَا، وإنْ خَرَجَ أحدُهما، أعتقْنا المنجَّز، فإنْ بقيَ شيء من الثلُث، أعتقنا بقَدْرِه من الموصىٰ بإعتاقه، وإنْ نقصَ الثلُث، أعتقْنا من المنجَّز بقَدْره.

ولو أعتقَ في المرض عبداً مُبهماً؛ بأَنْ قال: أحَدُ هٰؤلاءِ حُرٌّ، أو أوصىٰ بإعتاقِ واحدٍ منهم؛ بأَنْ قال: اعتِقوا أحدَهم، ففي « جمع الجوامع » [١٣٢٠ / ب] للرُّوياني: أنه يكتبُ رُقعة للعتقِ، وأخرىٰ للوصيّةِ بإعتاقٍ، ورقعتانِ للتركة، فمَن خرجَ له العتقُ، فكأنه أعتقَه بعَينه، ومَنْ خرجَ له الوصيَّةُ، فكأنه أوصىٰ بإعتاقه. ثم يكونُ الحكمُ كما سبق.

وفي « الشامل »: أنه يميّز الثلث بالقُرعة أوَّلاً، ثم يميّز بين المنجَّز والآخَر.

فَرْعٌ: كُلُّ عبد من المنجَّز إعتاقُهم عَتَقَ بالقُرعة يحكمُ بعتقِه من يوم الإعتاقِ، لا من يوم القُرعة، ويسلَّمُ له ما كَسَبَه من وقتِ الإعتاقِ ولا يحسَبُ من الثلُث، سواء كَسَبَهُ في حياةِ المعتِق، أم بعدَ موتِه، وكُلُّ مَنْ بقي رقيقاً منهم فأَكْسابُهُ قبلَ موتِ المعتِق، تحسَبُ علىٰ الوارث في الثلُثَين، وأكسابُهُ بعد موته وقبلَ القُرعة لا تحسَبُ عليه؛ لحصولِها علىٰ مِلْكه.

فلو أعتقَ في مرضه ثلاثةَ أعبُدٍ، لا مالَ له غيرهم، قيمةُ كل واحد مئةٌ، وكَسْبُ أحدِهم مئةٌ، وأقرعْنا؛ فإنْ خرجَتِ القرعةُ للكاسِب، عَتَقَ وفازَ بكسْبِهِ، ورَقَّ الآخرانِ، وإنْ خرجَ لأحدِ الآخَرين، عَتَقَ، ثم تُعادُ بين الكاسِبِ والآخَر، فإنْ خرجَتْ للآخَر، عَتَقَ ثلُثُه، وبقي ثلثاهُ مع الكاسِب، وكسْبُهُ للوَرثة، وإن خرجَتْ للكاسِب، وقع الدَّورُ؛ لأنه يَعْتِقُ بعضُه، ويتوزَّعُ الكسبُ علىٰ ما عَتَقَ وعلىٰ ما رَقَّ، ولا يحسبُ عليه حِصَّة ما عتق، وتزيد التركةُ بِحِصَّة ما رَقَّ، وإذا زادتِ التركةُ، زادَ

(١) في المطبوع: « أنجز ».
(٢) في المطبوع: « بقي شيء » بدل: « خَرَجا ».

ما عَتَقَ، وتزيدُ حِصَّته، وإذا زادت حِصَّتُهُ، نقصَتْ حِصَّةُ التركةِ. وطريق استخراجه بينَّاه في « المسائِلِ الدَّورية » من « الوصايا »، والحكمُ أنه يَعْتِقُ منه رُبُعُهُ، ويتبعهُ رُبُعُ كسْبِهِ، يبقىٰ[1] للورثة ثلاثةُ أرباعه، وثلاثة أرباع كسْبه مع العبدِ الآخَر، وجملتُها ضِعْف ما عَتَقَ.

ولو كسب أحدهم مئتين، وخرجت القرعةُ الثانيةُ لغير الكاسِب، عَتَقَ ثُلثاهُ، وبقي ثلُـثُه، والكاسِبُ وكَسْبُهُ للورَثة.

وإِنْ خرجَتْ للكاسِب، فقد عَتَقَ منه شيءٌ، وتبعَه من الكسبِ شيئانِ؛ لأن كَسْبَهُ مِثْلا قيمتِهِ، تبقىٰ للورثة أربعةُ أعبُدٍ إلاَّ ثلاثةَ أشياء تعدلُ ضعفَ ما عَتَقَ، وهو [عبدان وشيئان، فبعدَ الجَبْرِ أربعةُ أعبُد، تعدلُ عبدَين وخمسةَ أشياء، تُسقطُ عبدَين بعبدَين، يبقىٰ] عبدانِ وشيئانِ في مقابلةِ خمسةِ أشياءَ، فالشيءُ خُمُسُ العبدَين، وهو خُمُسَا عَبْدٍ، وذٰلك أربعونَ، فقد عَتَقَ مِئة وأربعونَ، وبقي للورثة ثلاثةُ أخماسِه ستونَ، وثلاثة أخماس كسبِهِ مئة وعشرون والعبد الآخَر، وجملتها مئتان وثمانونَ، وقد سبقت نظائرُ هـٰذا في « الوصايا ».

هـٰذا كلُّه في الأكْساب الحاصلةِ في حياة المعتِق، ولو كسبَ أحدُهم في المثال المذكور مئة بعد موته، فإن خرجَت القرعةُ للكاسِب عَتَقَ، وتبعَه كسْبُهُ غير محسوب، كما لو كسبَ في الحياة.

وإن خرجت لغير [الكاسب]، عَتَقَ، ورَقَّ الآخرانِ، ولا تعادُ القرعةُ للكسْبِ؛ بل يفوزُ به الوارثُ؛ لحصوله في مِلْكه. وكسبُ مَنْ أوصىٰ بإعتاقه في حياةِ الموصِي للموصِي، تزيدُ به التركةُ والثلُث، وكسْبُهُ بعد موته لا تزيدُ به التركةُ ولا الثلثُ بلا خلاف. وهل هو للورثَةِ، أم للعبدِ ؟ طريقانِ، حكاهما ابْنُ الصبَّاغ.

أحدُهما: قولانِ كالقولَين في أن كسْبَ الموصىٰ به بعد موت الموصِي وقبل القَبول: للورثةِ، أو للموصَىٰ له ؟ والمذهبُ القطعُ بأنه للورثة.

والفرق أنه استحقَّ العتق بموت الموصِي استحقاقاً مستقرّاً، والوصيّة غير مستقرّة؛ بل الموصىٰ له [١٣٢١ / أ] بالخيار بين الردِّ والقَبول، وإذا زادت قيمةُ مَنْ

---

(١) في (ظ): « ويبقىٰ ».

نجّز إعتاقه، كانت الزيادةُ كالكسبِ، فمَنْ خرجَت له قرعة العِتق، تبعَتْهُ الزيادةُ غيرَ محسوبةٍ عليه.

وكذا لو كان فيمن أعتقهم جارية، فولدَتْ قبل موتِ المعتِق، فالولَدُ كالكسْبِ، فإذا خرجتِ القرعةُ لها، تبعَها الولدُ غيرَ محسوبٍ مِن الثلُث.

وإنْ خرجَت لغيرِ مَنْ زادت قيمتُه، أو التي ولدت، وقع الدَّوْرُ[١].

ولو أعتقَ ثلاثةَ أَعبُد، لا مالَ له غيرهم، قيمةُ كُلٍّ واحدٍ مئةٌ، فبلغت قيمةُ أحدِهم مئتَين، فهو كما لو كسب أحدُهم مئةً.

ولو أعتقَ أَمتَين، قيمةُ كل واحدة[٢] مئة، فولَدَت إحداهُما ولداً قيمتُه مئة، فهو كما لو كسبَتْ مئةً[٣]، فإن خرجتِ القُرعة للتي لم تلِدْ، عَتَقَتْ، ورَقَّتِ الوالدةُ وولدُها، وهما ضِعْف ما عَتَقَ، وإنْ خرجَت للوالدة، عَتَقَ منها شيءٌ، وتَبعها من الولدِ مثلُه، يبقىٰ مع الورثة ثلاثٌ مئة إلَّا شيئين، يعدلُ ضعف ما أعتقنا محسوباً، وهما شيئان، فبعد الجَبْر يعدلُ ثلاث مئة أربعة أشياء، فالشيءُ ثلاثةُ أرباع مئةٍ، فعرفنا أنه عَتَقَ ثلاثةُ أرباعها، وتبعَها ثلاثةُ أرباعِ الولدِ، يبقىٰ للورثة رُبُعُهما والجارية الأخرىٰ، وجملته مئة وخمسون، ضِعْف ما عَتَقَ منها.

ولو قال لأمَتِهِ الحامِلِ في مرض موته: أنتِ حرَّةٌ، أو ما في بطنِكِ، فولدَتْ لدون ستة أشهرٍ من يومِ الإعتاقِ، ولم يتفق تعيين، فيقرعُ، فإنْ خرجَتْ للولد، عَتَقَ دون الأم، وإنْ لم يَفِ الثلُثُ به، عَتَقَ منه قَدْرُ الثلُثِ، وإنْ خرجت الأمُّ، عَتَقَتْ، وتبعها الولدُ إنْ وفىٰ بهما الثلُثُ، وإلَّا، فيعتِقُ منها شيءٌ، ويتبعُها من الولد شيءٌ. وطريق استخراجه ما ذكرناه في « الوصايا » فيمن أعتقَ عبداً فكسبَ، وتقويمُ الولدِ بما يكون يوم الولادة.

هٰذا كُلُّهُ إذا ولدَتْ قبل موتِ المعتقِ، فإنْ ولدَتْ بعدَه، نُظِرَ:

إنْ ولدت لأكثرَ من ستةِ أشهرٍ من يوم الموتِ، فالولدُ كَكَسْبٍ حَصَلَ بعد موته؛

---

(١) في المطبوع: « للدور ».
(٢) في (ظ): « واحد ».
(٣) في (ظ): « فهو كما لو كسب مئة »، وفي المطبوع: « فهو كما لو كسب أحدهم مئة ».

إنْ خرجت القرعة للأم، عَتَقَتْ، وتبعَها، وإنْ خرجَت لغيرِ الوالدةِ، عَتَقَتْ، ولا تعادُ القرعةُ للولد؛ لأنه حدثَ علىٰ ملكِ الورثة.

وإنْ ولدت لأقلَّ من ستةِ أشهُر، فهل تحسَبُ علىٰ الوارثِ حتَّىٰ تعادَ القرعةُ ؟ قال البغويُّ[١] : يبنىٰ علىٰ أَنَّ الحَمْلَ هل يعرفُ ؟ إن قلنا : لا ، فهو كالحادِثِ بعد الموت، فلا تعادُ، وإن قلنا : نَعَمْ، فكالحادِثِ قبل الموتِ، فتعادُ.

وأطلقَ الصَّيدلانيُّ وجهَين في أنها : لو ولدَتْ بعد الموت، هل يحسَبُ الولدُ علىٰ الورثة من الثلُثين ؟

ولو نقصَتْ قيمةُ مَنْ نجَّزَ عتق بعضهم قبل موت المعتِق، فإنْ كان النقصُ فيمن خرجَت له قرعةُ العتقِ، حُسِبَ عليه؛ لأنه محكوم بعتقه مِنْ يومِ الإعتاقِ، وإن كان فيمن رَقَّ، لم يحسَبْ علىٰ الورثة؛ إذ[٢] لم يحصُلْ لهم إلاَّ الناقِص.

فلو أعتقَ عبداً لا مالَ له غيره، قيمتُه مِئةٌ، ورجِعَ إلىٰ خمسين، فقد ذكرنا طريقَ استخراجه في « الوصايا ». وحاصلُهُ أَنْ يعتقَ منه الخُمس.

ولو أعتقَ ثلاثةَ أعْبُدٍ، قيمةُ كل واحد مئةٌ، فعادت قيمةُ أحدِهم إلىٰ خمسينَ؛ فإنْ خرجتِ القرعةُ للناقِص، عتقَ وحدهُ؛ لأنه كانت قيمتُهُ يوم الإعتاق مئة، فينبغي أَنْ يبقىٰ للورثة ضعفُها، وإنْ خرجَتْ لأحَد الآخرين، عَتَقَ منه [١٣٢١ / ب] خمسةُ أسْدَاسِهِ[٣]، وهي ثلاثة[٤] وثمانونَ وثُلُثٌ، يبقىٰ للورثة سدُسُهُ، والعبد الآخَر والناقص. وجملة ذٰلك مئةٌ وستةٌ وستونَ وثلثانِ، ضعف ما عَتَقَ؛ لأن المحسوبَ علىٰ الورثةِ الباقي بعد النقص، وهو مئتانِ وخمسونَ.

ولو أعتقَ عبدَين قيمةُ كلِّ واحدٍ مئةٌ، ولا مالَ له سواهما، فعادت قيمةُ أحدِهما إلىٰ خمسينَ، فإنْ خرجتِ القرعةُ للآخَر، عَتَقَ نصفُه، وبقي للورثة نصفُه مع العبد الناقص، وهما ضعف ما عَتَقَ.

وإن خرجَتْ للناقِص، وقع الدَّورُ؛ لأنا نحتاجُ إلىٰ إعتاق بعضِه معتبـراً بيـومِ

---

(١) انظر: (التهذيب: ٨ / ٣٨٥).
(٢) في المطبوع: « إذا ».
(٣) في المطبوع: « أسداس ».
(٤) في (ظ): « وهي ثلاث مئة ».

الإعتاق، وإلىٰ إبقاء ضِعْفه للورثة معتبراً بيومِ الموتِ، وحاصلُهُ أنه يَعْتِقُ ثلاثةُ أخماسه، يبقىٰ خُمُسَاهُ مع الآخَر للورثة.

وإنْ حَدَثَ النقصُ بعد موت المعتِق، وقبلَ الإقراعِ، فهل يُحْسَبُ علىٰ الورثة ؟ قال البغويُّ[(١)] : إنْ كان الوارثُ مقصورَ اليد عن التركةِ، لم يحسَبْ عليه كما في حال الحياةِ، وإلاَّ، فوجهانِ.

أصحُّهما: يُحْسَبُ عليه.

الطَّرفُ الثاني: في كيفيَّةِ القُرْعَةِ والتَّجْزِئةِ[(٢)] المترتِّبة عليها، وفيه فصلانِ.

الأولُ: في كيفيَّة القُرعة، قد سبقَ في « باب القسمة » أَنَّ للقرعة طريقَين.

أحدهما: أَنْ يكتبَ أسماء العبيد في رِقاع، ثم يخرجَ علىٰ الرقِّ والحرِّية.

والثاني: أَنْ يكتبَ في الرقاع الرقّ والحرِّية، ويخرج علىٰ أسماءِ العبيد، وذكرنا أَنَّ مِنَ الأصحابِ مَنْ أثبتَ قولَين في أنه يقرعُ بالطريق الأولِ أم الثاني، وأَنَّ في كَونِ ذٰلك الخلاف في الجوازِ أو الأولويَّة[(٣)] خلافاً، وأَنَّ الجمهورَ قالوا في العتق: يسلكُ ما شاء مِنَ الطريقين، ولفظه في « المختصر » يدلُّ عليه، والطريقُ الأولُ أَخْصَرُ[(٤)].

واستحبَّ الشافعيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ علىٰ الطريقين أَنْ تكونَ الرقاعُ صِغاراً ليكونَ أخفىٰ، وأن تكون متساويةً، وأَنْ تدرجَ في بنادِقَ، وتجعلَ في حَجْرِ مَنْ لم يحضُرْ هناك، كما بيَّنَّا في « القسمة »، وأنه يغطَّىٰ بثوب، ويدخلُ مَنْ يخرجُها اليد مِنْ تحته. كل هٰذا؛ ليكونَ أبعدَ من التُّهمة، ولا تتعيَّن الرقاعُ؛ بل تجوزُ القُرعة بأقلامٍ متساويةٍ، وبالنَّوىٰ والبَعْر.

وذكر الصَّيدلانيُّ أنه لا يجوز أَنْ يقرعَ بأشياءَ مختلفة، كدواةٍ وقَلمٍ وحَصاة، وقد يتوقَّف في هٰذا؛ لأن المُخْرِجَ إذا لم يعلمْ ما لكلِّ واحدٍ منهم لا يظهرُ حَيْفه.

---

(١) انظر: (التهذيب: ٨ / ٣٨٦).
(٢) في المطبوع: « والتجربة »، تحريف.
(٣) في المطبوع: « والأولوية ».
(٤) في (أ): « أقصر »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٣٥٨).

ولا يجوزُ الإعراضُ عن أصلِ القُرعة، والتمييز بطريق آخَر؛ بأن يتفقوا على أنه إنْ طارَ غرابٌ، ففلانٌ حُرٌّ، أو أَنَّ مَنْ وضعَ عليه[١] صبيٌّ يدَه، فهو حُرٌّ، أو أَنْ يراجعَ شخصٌ لا غَرَضَ له ونحو ذٰلك.

قال الإمامُ[٢]: فإنْ كنا نُعْتِقُ عبداً، ونُرِقُّ آخَرين، ورأينا إثباتَ الرقِّ والحرّية، فقد قال الأصحاب: يثبتُ الرقّ في رُقعتين، والحرّية في رُقعة على نسبةِ المطلوبِ في القلَّة والكثرة؛ فإنَّ ما يكثرُ فهو أحرىٰ بسبقِ اليدِ إليه. وفي كلامهم ما يدلُّ على استحقاقِ ذٰلك، ومنهم من عدَّه احتياطاً، وقال: يكفي رقعةٌ للرقِّ وأخرىٰ للحرِّية.

ثم إذا أخرجْنا رُقعةً باسم أحدِهم، فخرجت للحرِّية، انفصل الأمرُ، وإنْ خرجَتْ للرقِّ، احْتَجْنا إلىٰ إخراجها.

قال الإمام[٣]: إذا أثبتنا الرقَّ والحريةَ، فقال المُخْرِجُ: أخرج [١٣٢٢ / أ] على اسم هٰذا، ونازعه الآخرون، وقالوا: أخرج على أسمائنا، أو أثبتنا الأسماء، وقال المخرجُ: أخرج على الحرِّية، وقالوا: أخرج على الرقِّ، أو تنازعَ الورثَةُ والعبد، فقال الورثةُ: أخرج على الرقِّ، وقال العبدُ: على الحرِّية، فهٰذا لم يتعرَّضْ له الأصحابُ، وفيه احتمالانِ، إنْ أثبتَ الرقّ والحرية.

أحدهما: أَنْ[٤] يقرعَ بين العبيد أولاً حتَّىٰ يتعيَّنَ مَنْ يعرضُ على الرقِّ والحرِّية، فإذا تعيَّنَ واحدٌ، أخرجت رُقعة على اسمه.

والثاني: أَنْ تثبتَ الحرية على رُقعة، والرقّ على رُقعتين، ويعطي المُخْرِجُ كلَّ عبدٍ رُقعةً، وقد سبق في « القسمة » أن تعيينَ مَنْ يبدأ به من الشركاء والأجزاء[٥] منوطٌ بنظر القَسَّام، فيمكن أَنْ يناطَ هنا بنظرِ مُتَوَلِّي الإقراع مِنْ قاضٍ، أو وصيٍّ، فيبدأ بمَنْ شاء، ولا يلتفتُ إلىٰ مُضَايقاتهم.

---

(١) في المطبوع: « على » بدل: « عليه ».
(٢) انظر: (نهاية المطلب: ١٩ / ٢٣١).
(٣) انظر: (نهاية المطلب: ١٩ / ٢٣١ ـ ٢٣٢).
(٤) في المطبوع: « أنه ».
(٥) في المطبوع: « والأجراء ».

واعلم: أَنَّ إعطاءُ كُلِّ عبدٍ رُقعة، ليس مِنْ شرطِ الإقراعِ؛ بل يكفي الإخراج بأسمائهم وأعيانهم.

الفَصْلُ الثَّاني: في كيفيَّة تجزئةِ العبيدِ، وهي تقعُ بِحَسَب الحاجة، فإِنْ أعتقَ عَبدَين لا مال له سواهما، أقرعَ بإثبات اسميهما في رُقعتين، وإخراج أحدهما علىٰ الرقِّ أو الحرِّية، أو بإثبات الرقِّ والحريةِ في رُقعتين، والإخراج علىٰ اسمهما. ثم إنِ استوَتْ قيمتُهما، فمن خرجَ له سهمُ الحرية، عَتَقَ ثُلُثاهُ، ورَقَّ باقيه مع الآخَر، وإنِ اختلفَتْ قيمتُهما كمئة ومِئتين، فإنْ خرجتِ الحريةُ لصاحب المِئة، عَتَقَ، ورَقَّ الآخَرُ، وإنْ خرجت للآخَر، عَتَقَ نصفُه، ورَقَّ باقيه مع الآخَر.

وإن أعتقَ عبيداً لا مال له سواهم، فإنْ كانوا ثلاثةً، واستوت قيمتُهم، فإنْ شاء كتبَ أسماءَهم وقال للمخرِجِ: أخرج رُقعةً علىٰ الحرِّية، فمن خَرَجَ اسمُه، عَتَقَ، أو قال: أخرج في الرقِّ حتَّىٰ يتعيّنَ في الآخَر الحرية. والإخراجُ علىٰ الحرِّية أَوْلىٰ؛ لأنه أقرب إلىٰ فصل الأمر.

وإن شاء كتبَ علىٰ الرقاعِ الرقّ في رُقعتين، والحرِّية في رُقعة، وقال: أخرج علىٰ اسم سالِم، أو أشار إلىٰ عَينه، وقال: علىٰ اسمِ هـٰذا، فإنْ خرجَ سهمُ الحرِّية، عَتَقَ، ورَقَّ الآخرانِ، وإنْ خرجَ سهمُ الرِّقِّ، رَقَّ، وأمرنا بإخراج رُقعة أخرىٰ علىٰ اسمِ غانم، فإنْ خرجَ سهمُ الحرِّية، عَتَقَ، ورَقَّ الثالثُ، وإِنْ خرجَ سهمُ الرقِّ فبالعكسِ.

وإن اختلفت قيمتُهم كمئةٍ ومئتينِ وثلاث مئةٍ، فإمَّا أَنْ نكتب أسماءهم، فإنْ خرجَ اسمُ الأول، عَتَقَ، وأخرجَ رقعة أخرىٰ، فإنْ خرجَ اسمُ الثاني، عَتَقَ نصفُه، وإنْ خرجَ اسمُ الثالث، عَتَقَ ثُلُثُه، وإنْ خرجَ [أَوَّلاً] اسمُ الثاني، عَتَقَ ورَقَّ الآخرانِ، وإنْ خرجَ اسمُ الثالث، عَتَقَ ثُلُثاه، ورَقَّ باقيه والآخرانِ.

وإمَّا أَنْ نكتبَ الرقَّ في رُقعتين، والحرِّية في رُقعة، ونخرج علىٰ أسمائهم.

وإنْ كانوا أكثرَ من ثلاثةٍ، فإنْ أمكنَ تسويةُ الأجزاء عدداً وقيمةً، كستةٍ، أو تسعةٍ، أو اثني عَشَرَ، قيمتُهم سواء جَزَّأناهم ثلاثةَ أجزاء، وصَنَعْنا صَنيعَنا في الثلاثة المتساوِين، وكذا الحكمُ في سِتَّةٍ، ثلاثةٌ منهم قيمةُ كلِّ واحدٍ منهم مِئة، وثلاثةٌ قيمةُ كُلِّ واحدٍ خمسونَ، فيضمّ إلىٰ كُلِّ نفيسٍ خسيساً، ونجعلهم ثلاثةَ أجزاء.

وفي ستةٍ، اثنانِ منهم، قيمةُ كُلِّ واحد منهما ثلاث مئة، واثنانِ قيمةُ كُلِّ واحدٍ مِئتان، واثنانِ قيمةُ كُلِّ واحد [١٣٢٢ / ب] مئة، فنجعل اللَّذَين قيمتُهما أربع مئةٍ جزءاً، ويضمّ إلىٰ كُلِّ نفيس خَسيساً، فيستوي الأجزاءُ عدداً وقيمةً.

وإن لم يمكنِ التسويةُ بالعدد، وتيسَّرت بالقيمة، كخمسةٍ، قيمةُ أحدهم مئةٌ، وقيمةُ اثنين مئة، وقيمة اثنين مئة، جزَّأناهم كذٰلك، وأقرعْنا.

وإنْ أمكنَ التسويةُ بالعددِ دون القيمةِ، كسِتَّةٍ، قيمةُ أحدِهم مئةٌ، وقيمةُ اثنين مئةٌ، وقيمةُ ثلاثةٍ مئة، فوجهانِ.

الصحيحُ المنصوصُ: يجزَّؤون واحداً [1] واثنين وثلاثة، ويقرعُ بينهم كما ذكرنا.

والثاني: يجزَّؤون بالعددِ، فيجعل اللَّذان قيمتُهما مئةٌ جُزءاً، والذي قيمتُهُ مئةٌ مع واحدٍ من الثلاثة الباقين جُزءاً، والباقيانِ جُزءاً [2]، ويقرعُ بينهم، فيعتق قَدْر الثلث علىٰ ما سبق.

وإن لم يمكنِ التسويةُ بالعددِ، ولا بالقيمة، كثمانيةٍ، قيمتُهم سواء، فقولانِ.

أظهرهما: يجزَّؤون ثلاثةَ أجزاء، بحيث يقربُ مِنَ التثليث، فيجعلون ثلاثةً، وثلاثةً، واثنين، ويقرعُ، فإنْ خرجَ سهمُ العتقِ علىٰ ثلاثة، رَقَّ غيرُهم، وانحصرَ العتقُ فيهم، ثم يقرعُ بينهم بسهمي عتقٍ، وسهمِ رِقٍّ، فلمن خرجَ له الرقُّ، رَقَّ ثلُثُه، وعَتَقَ ثلُثُه مع الآخرين. وإن خَرجَ سهمُ العتق أوّلاً علىٰ الاثنين، عَتَقَا، وتعادُ القرعةُ بين السِّتَّة، ويجعلُ كلّ اثنين جزءاً، فإذا خرجَ سهمُ العتق باسم اثنين، أعدْنا القرعةَ بينهما، فمَنْ خرَج له سهمُ الحرِّية، عَتَقَ ثُلُثاهُ.

هٰذا إذا كتَبْنا في الرقاع الرقَّ والحرِّيةَ، وإنْ كتبنا الأسماءَ، فإذا خرجَ سهمُ اثنين وعَتَقَا، لم تعدِ القرعة بين السِّتَّة؛ بل يخرجُ قرعة أخرىٰ، ثم يقرعُ بين الثلاثة المسمّين فيها، فمن خرجَ له سهم العتقِ، عَتَقَ ثُلُثاهُ، ولا يجوزُ علىٰ هٰذا القول: أَنْ نجزِّئهم أربعةً، واثنين، واثنين؛ لبُعْدِ هٰذه التجزئة علىٰ التثليثِ.

---

(١) في المطبوع: « بالعدد » بدل: « واحداً » المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٣٦١).

(٢) قوله: « والباقيان جزءاً » ساقط من المطبوع

والقول الثاني: لا يراعىٰ التثليث؛ بل يراعىٰ ما هو أقربُ إلىٰ فصل الأمرِ، فيجوز أَنْ تكتبَ أسماؤهم في ثمانِ رقاعٍ، ويخرجَ واحدة بعد واحدة إلىٰ أَنْ يتمَّ الثلثُ، ويجوزُ أَنْ يجعلوا أرباعاً.

ثم إِنْ شئنا أثبتنا اسمَ كلِّ اثنين في رُقعة، فإذا خرجتِ واحدةٌ علىٰ الحرية، عَتَقَا، ثم يخرجُ رُقعة أخرىٰ، ويقرعُ بين الاثنين اللَّذَين اسمهما فيها، فمَنْ خرجت له القرعةُ، عَتَقَ ثُلثاهُ[1].

وإنْ شئنا أثبتنا الرقَّ والحرية، فأثبتنا العتق في واحدةٍ، والرقّ في ثلاث، فإذا خرجت رُقعةُ العتق لاثنين، عَتَقَا، ويعيدُ القرعة بين الستةِ، فإذا خرجت لاثنين، أقرعْنا بينهما كما سبقَ، ولا يبعدُ علىٰ هـٰذا: أَنْ يجوزَ إثبات العتق في رُقعتين، والرقّ في رُقعتين، ويَعْتِقِ الاثنان اللَّذان خرجت لهما رُقعة العتق أَوَّلاً، ويقرعُ بين اللَّذَين خرج لهما رُقعة[2] العتق الثانية.

وإنْ كان العبيدُ سبعةً، فعلىٰ القول الأول: يجزِّئهم ثلاثةً، واثنين، واثنين، وعلىٰ الثاني: نجزِّئ كيفَ شِئنا إلىٰ أَنْ يتمَّ الثلُث.

وإن كانوا أربعةً قيمتُهم سواء، فعلىٰ الأول: نجزِّئهم اثنين، وواحداً، وواحداً، فإنْ خرجَ سهمُ العتقِ لأحدِ الفردَين، عَتَقَ، ثم يعيدُ القرعة بين الثلاثة، فمَنْ خرجَ له سهمُ العتق، عَتَقَ ثُلُثه، وإِنْ خرجَ للاثنين، أقرعْنا بينهما، فمن خرجَ له سهمُ العتق، عَتَقَ كُلُّه، وثلثُ الآخَر، وهـٰذا علىٰ تقدير [١٣٢٣ / أ] إثباتِ الرقِّ والحرِّية في الرِّقاع.

وعلىٰ القول الثاني: يثبتُ اسم كلِّ واحدٍ في رُقعة، ويخرج باسم الحرِّية، فمَن خرجَ اسمُه أَوَّلاً، عَتَقَ، ومن خرجَ اسمُه ثانياً، عَتَقَ ثلُـثُه.

وإنْ كانوا خمسةً قيمتُهم سواء، فعلىٰ الأول: يجزِّئهم اثنين، واثنين، وواحداً، وعلىٰ الثاني: لنا إثباتُ أسمائِهم في خَمْسِ رقاعٍ.

---

(١) في المطبوع: « ثلثه »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٣٦٢).
(٢) في (ظ): « رقعي »، وفي المطبوع: « رقعتي »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٣٦٢).

ثم القولُ في الإيجابِ، أم في الاستحباب والاحتياط ؟ فيه وجهان.

وبالأول قال القاضي حُسين، واختاره الإمامُ.

وبالثاني قال الصَّيْدلانيُّ، وهو مُقتضىٰ كلام الأكثرين.

ولو أعتق عبداً من عَبيدٍ علىٰ الإبهام. فقد يحتاجُ إلىٰ تجزئتهم أربعةَ أجزاء، وخمسةً، وأكثرَ، فيجزَّئون بحسَب الحاجة، وكذا لو كان علىٰ المعتِق دَين، كما سنذكره قريباً، إنْ شاءَ الله تعالىٰ.

مسائِلُ

الأُولىٰ: إذا أعتقَ في مرض موته عبيداً لا مالَ له غيرُهم، ومات وعليه دَين، نُظِرَ:

إِنِ استغرقهم الدَّين، فهو مقدَّم، فيباعون فيه، وإن لم يستغرِقْهم، أَقرَعَ بين الدَّين والتركة؛ ليصرفَ العتق عمَّا يتعيَّن للدَّينِ، فإنْ كان الدَّين قَدْرَ نصفِهم، جعلنا حُرَّين، وأقرعنا بينهما بسهم دَينٍ، وسهمِ تركةٍ.

ثم إنْ شئنا كتبنا أسماءَ كُلِّ حُرٍّ في رُقعة، وأخرجنا رُقعة الدَّين أو التركة، وإنْ شئنا كتبنا الدَّين في رُقعة، والتركةَ في رُقعة، وأخرجنا إحداهما علىٰ أَحدِ الجُزْأَين[1].

وإنْ كان قَدْرُ الدَّين ثُلُثَهم، جزَّأناهم ثلاثةَ أجزاء، وأقرعْنا بينهم بسهمِ دَينٍ، وسهمَي تركةٍ.

وإنْ كان قَدْر الربُعِ، جزَّأناهم أربعةَ أجزاء، وأقرعنا بسهمِ دَينٍ، وثلاثةِ أسهم تركة.

وهل يجوزُ أَنْ يقرعَ للدَّين والعتقِ والتركة؛ بأنْ يقرعَ ـ والحالة هـٰذه ـ بسهم دَين، وسهمِ عتقٍ، وسهمَي تركةٍ، أو يجزِّئهم إذا كان الدَّين قَدْرَ نصفِهم ستَّةَ أَجزاء، ويقرعُ بثلاثةِ أسهم للدَّين، وسهمٍ للعتقِ، وسهمَين للتركة ؟ فيه وجهان.

الأصح المنصوص: لا؛ لأنه لا يمكنُ تنفيذ العتقِ قبلَ قضاءِ الدَّين.

---

(١) في المطبوع: « الحرَّين »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٣٦٣).

ولو تلف المعيَّنُ للدَّين قبلَ قضائه، انعكس الدَّينُ علىٰ الباقي من التركة، وكما لا يقسمُ شيء علىٰ الورثة قبل قضاءِ الدَّين، لا يَعْتِقُ قبلَه.

والثاني: يجوزُ؛ لأن العملَ فيه أخفُّ، فلا ينقصُ به حَقّ ذي حَقٍّ، وعلىٰ هٰذا: نقلَ الغزاليُّ أنَّا نتوقَّف في تنفيذ العتقِ إلىٰ أن يُقضىٰ الدَّين.

وفي « التهذيب » ما يقتضي الحكم بالعتقِ في الحال.

وإذا قلنا بالمنصوص، فتعيّن بعضهم للدَّين، يباعُ، ويقضىٰ منه الدَّين، ثم يقرعُ للعتق وحقِّ الورثة.

ولو قال الوارث: أقضي الدَّينَ من موضِعٍ آخَرَ، وأنفذُ العتقَ في الجميع، فهل ينفذُ العِتق ؟ وجهان.

أحدهما: نَعَمْ؛ لأن المنعَ من النفوذ للدَّيْنِ[1]، فإذا سقطَ بالقضاء، نفذَ، كما لو أسقطَ الورثةُ حقَّهم من ثُلثَي التركة وأجازوا عتقَ الجميع.

والثاني: لا؛ لأن تعلُّق الدَّين مَنَعَ النفوذَ، فلا[2] ينقلبُ نافذاً بسقوطِهِ، كما لو أعتقَ الراهن وقلنا: لا ينفذ، فقال: أنا أقضي الدَّين من موضِعٍ آخَرَ لينفذَ، فإنه لا ينفذُ إلَّا أَنْ يبتدئَ إعتاقاً، وبُني الوجهانِ علىٰ أن تصرُّف الورثة في التركة قبل قضاءِ الدَّين، هل ينفذُ ؟

قلتُ: ينبغي أَنْ يكونَ الأصحُّ نفوذَ العتقِ. **والله أعلمُ** [١٣٢٣ / ب].

فَرْعٌ: لو أعتقَ مَنْ لا دَيْن عليه عبيداً لا مالَ له غيرُهم، وماتَ، وأعتقنا بعضَهم بالقُرعة، وأَرْقَقْنا بعضَهم، فظهرَ للميتِ مالٌ مدفون؛ فإنْ كان بحيثُ يخرجُ جميعُهم من الثُلثِ؛ بأن كان المالُ مِثْلَي قيمتِهم، حكمَ بعتقهم جميعاً، فندفعُ إليهم أكسابَهم من يوم إعتاقهم، ولا يرجعُ الوارثُ بما أنفق عليهم[3]، كمن نكحَ امرأةً نِكاحاً فاسداً علىٰ ظنٍّ أنه صحيحٌ، ثمَّ فرَّقَ القاضي بينهما، لا يرجعُ بما أنفقَ.

وإنْ خَرَجَ من الثلُث بعضُ من أَرْقَقْناهم، أعتَقْناهم بالقُرعة، مثل أَنْ أعتَقْنا

---

(١) في المطبوع: « الدَّين ».
(٢) في (ظ)، والمطبوع: « لا ».
(٣) في المطبوع: « عليه ».

واحداً من ثلاثة، ثم ظهر مالٌ يخرجُ به آخَر، يقرعُ بين اللَّذين أَرْقَقْناهما، فمَنْ خرج له سهمُ الحريةِ، عَتَقَ.

ولو أعتَقْنا بعضَ العبيد، ولم يكن عليه دَيْنٌ ظاهر، ثم ظهر دَينٌ، فإنْ كان مستغرِقاً للتركة، فالعتقُ باطل، فإنْ قال الورثة: نحنُ نقضي الدَّين مِنْ موضِعٍ آخر، فعلىٰ الوجهَين السابقين. واستبعدَ الشيخُ بناءَهما علىٰ الخلافِ في تصرُّف الورثة في التركة قبل الدَّين، وقال: [هناك] الوارثُ ينشئُ إعتاقاً مِنْ عنده، ولا يمضي ما فعل الميت، وإنما الخلافُ مبنيٌّ علىٰ أَنَّ إجازةَ الوراث لما زاد علىٰ الثلُث تنفيذٌ، أم ابتداءُ عطيةٍ من الوراثِ؟ فإن قلنا: تنفيذٌ فله تنفيذُ إعتاقِهِ بقضاء الدَّين مِنْ موضِعٍ آخَر، وإلاَّ فينبغي أَنْ يقصي الدّين، ثم يبتدئ إعتاقاً.

وإنْ كان الدَّينُ الذي ظهرَ غيرَ مستغرقٍ، فهل يبطلُ القرعةَ مِنْ أصلها؟ وجهانِ، ويقال قولانِ.

أحدُهما: نَعَمْ، كما لو اقتسمَ شريكان، ثم ظهرَ ثالثٌ، فعلىٰ هذا: يقرعُ الآن للدَّين والتركة، ولا يبالىٰ بوقوع سهمِ الدَّين علىٰ مَنْ وقعت له قرعةُ العتقِ أوَّلاً.

وأظهرهما: لا، ولكن إنْ تبرَّعَ الوارث بأداء الدَّين، نفذَ العتقُ، وإلاَّ فيردّ العِتق بِقَدْرِ الدَّين، فإن كان الدَّينُ نصفَ التركة، رَدَدْناه في نصفِ مَنْ أعتقنا، وإنْ كان ثلثَها، رَدَدْنا ثلثَهم.

فإنْ كان[1] العبيدُ ستةً، قيمتُهم سواء، وأعتقْنا اثنين بالقُرعة، فظهرَ دَين بقَدْرِ قيمة اثنين، بِعْنا من الأربعة اثنَين للدَّين كيف اتفقَ، ويقرعُ بين المعتقين بالقرعة[2] أوّلاً بسهمِ رقٍّ، وسهم عتقٍ، فمَنْ خرجَ له سهمُ الرّقِّ، رَقَّ ثُلُثاه، وعَتَقَ ثُلُثُه مع الآخَر.

وإنْ ظهرَ الدَّينُ بقَدْرِ قيمةِ ثلاثةٍ، أقرعَ بين اللَّذَين كان خرج لهما الحُرية، فمَنْ خرجَ له الحريةُ، عَتَقَ، ورَقَّ الآخَرُ.

المسْألةُ الثانيةُ: إذا قال لعبيدِهِ: أحدُكم حُرٌّ، أو اثنانِ حُرَّانِ، أو أعتقْتُ أحدَكم، فله حالان.

---

(١) في (أ)، والمطبوع: « كانت ».

(٢) في المطبوع: « القرعة ».

أحدهما: أَنْ ينويَ معيَّناً فيؤمَرُ ببيانه، ويحبسُ عليه، فإنْ قال: أردْتُ هـٰذا، عَتَقَ، ولغيرِهِ أَنْ يدَّعيَ عليه أنكَ أردْتَني، ويحلّفَه، فإنْ[1] نَكَلَ السيدُ، حلف هو، وعَتَقَ.

ولو عيّنَ واحداً، وقال: أردْتُ هـٰذا؛ بل هـٰذا، أعتقَا جميعاً؛ مؤاخذةً له.

ولو قتلَ واحداً منهم، لم يكن ذٰلك بياناً؛ بل يبقىٰ الأمرُ بالبيان. فلو قال: أردْتُ المقتولَ، لزمَهُ القِصَاصُ.

ولو جرىٰ ذٰلك في إماءٍ، أو أَمَتَين، ثم وطئَ واحدَة، لم يكنِ الوطءُ بياناً؛ بل لو بينَ العتق فيها، تعلَّق به الحَدُّ والمهرُ، لجهلها بأنها مُعتقةٌ. ولو مات قبلَ البيانِ، قام وارثُهُ [١٣٢٤ / أ] مَقامَهُ علىٰ المذهب؛ لأنه خليفتُهُ، وربَّما علمه[2].

وقيل: قولان، فإنْ أَقَمناه، فبيّنَ أحدهم، عَتَقَ، ولغيره تحليفُهُ علىٰ نفي العلم، فإنْ لم يكن وارثٌ، أو قال الوارثُ: لا أعلمُ، فالصحيحُ أو المشهور أنه يقرعُ بينهم.

وفي وجه، أو قولٍ: لا يقرعُ؛ بل يوقَفُ.

ولو قال المعتِقُ: نسيتُ مَنْ أعتقْتُهُ، أُمِرَ بالتذكُّر.

قال الأصحاب: ويحبسُ عليه.

قال الإمامُ: وفيه احتمالٌ.

وإن مات قبلَ التذكُّر، ففي بيان الوارثِ والقرعة الخلافُ، وهـٰكذا الحكمُ لو سمَّىٰ واحداً وأعتقَهُ، ثم قال: نسيتُهُ.

الحالُ الثَّاني: أَنْ لا ينويَ معيَّناً، فيؤمرُ بالتعيين، ويوقَف عنهم، إلىٰ أَنْ يعيّنَ، ويلزمُه الإنفاق عليهم، فإذا عيَّنَ أحدهم، عَتَقَ، وليس لغيره أَنْ ينازِع فيه إنْ وافق علىٰ أنه لم يَنْوِ مُعَيَّناً.

وإذا قال: نويْتُ هـٰذا؛ بل هـٰذا[3]، عَتَقَ الأولُ، ولغَا قولُه للثاني؛ لأن العتقَ

---

(١) في المطبوع: « وإن ».
(٢) في (فتح العزيز: ١٣ / ٣٦٦): « وربما ذكر ذٰلك له وأَطْلعه عليه ».
(٣) قوله: « بل هـٰذا » ساقط من المطبوع.

حصَلَ في الأول، بخلاف قوله: نويتُ هـٰذا؛ بل هـٰذا؛ لأنه إخبار.

ثم العتقُ في المبهم هل يحصلُ عند التعيين، أم يتبيَّنُ حصولُه من وقت اللَّفظ المبهم؟ وجهانِ سبقَ نظيرُهما في الطلاق، وخُرِّجَ علىٰ الخلاف: أنه لو مات أحدُهم فعيّنه، فهل يصحُّ؟ إنْ قلنا: يحصلُ العتق عند التعيين، فلا؛ لأن الميتَ لا يقبلُ العتقَ، فعلىٰ هـٰذا: لو كان الإبهامُ بين عبدَين[1]، فإذا بَطَلَ التعيينُ في الميت، تعيّنَ الثاني للعتقِ، ولا حاجةَ إلىٰ لفظٍ. وإن قلنا بالإبهام[2]، صحَّ تعيينُهُ.

ولو جرىٰ ذٰلك في أَمَتَين، أو إماءٍ، فهل يكونُ الوطءُ تعييناً لغيرِ الموطوءة؟ وجهانِ كما في الطلاق.

قال ابْنُ الصبَّاغ: وكونُهُ تعييناً هو قولُ أكثرِ الأصحابِ. وإذا لم نَجْعَلْهُ تعييناً، فعيّن العتق في الموطوءةِ، فلا حَدَّ. وبنىٰ البغويُّ حكمَ المهر علىٰ أن العتقَ يحصلُ عند التعيينِ، أم باللَّفظِ المبهم؟ إن قلنا بالأول: لم يجبْ، وإلاَّ، وَجَبَ.

والوطءُ فيما دون الفرجِ، والقُبلةُ، واللَّمسُ[3] بشهوة مرتَّب علىٰ الوطء إنْ لم يكن تعييناً، فهـٰذا أَوْلىٰ، وإلاَّ فوجهان.

والاستخدامُ مرتَّبٌ علىٰ اللَّمسِ، والمذهبُ أنه ليس بتعيينٍ.

قال الإمامُ: هـٰذا[4] يوجِبُ طردَ الخلاف في أنَّ الاستخدامَ في زمَنِ الخيار، هل يكون فسخاً، أو إجازةً؟

والعرضُ علىٰ البيع كالاستخدام.

ولو باع بعضَهم، أو وهبَهُ وأقبضَهُ، أو أجَره، قال البغويُّ: فيه الوجهان، كالوطءِ، والإعتاقُ ليس بتعيينٍ.

ثم إنْ عيّن فيمن أعتقَهُ، قُبِلَ، وإنْ عينَ في غيره، عَتَقَا. وقتلُ السيدِ أحدَهم ليس تعييناً.

---

(١) في (ظ): « العبدين ».
(٢) في المطبوع: « الإبهام ».
(٣) في المطبوع: « واللمسة ».
(٤) في (ظ): « وهـٰذا ».

ثم إنْ عيّن في غير المقتولِ، لم يلزمْهُ إلاَّ الكفَّارة، وإنْ عيّن في المقتول، لم ـحب القصاصُ؛ للشُّبهة.

وأمَّا المالُ، فإنْ قلنا: العتقُ يحصُلُ عند التعيين، لم يَجِبْ، وإن قلنا: عند الابهامِ، لزمَهُ الديَةُ لورثته.

وإن قتلَ أجنبيٌّ أحدَهم، فلا قِصاصَ، إنْ كان القاتِل حُرّاً.

ثم إنْ عيّن في غير المقتول، لزمَه القيمةُ، وإن عينَ فيه وقلنا: العتقُ يحصُلُ عند لتعيين، فكذلك، كما لو نذرَ إعتاق عبدٍ بعينه، فقتلَ.

وإنْ قلنا عند الإبهام؛ لزمَهُ الديةُ لورثة المقتولِ.

ولو مات [١٣٢٤ / ب] قبلَ التعيين، فهل للورثةِ التعيينُ؟ قولانِ، ويقالُ: وجهان، أظهرُها: نَعَمْ.

المسألةُ الثالثة: قال لأَمتِهِ: أولُ ولدٍ تلدينَهُ حُرٌّ، فولدَتْ ميتاً، ثم حَيّاً، لم يَعْتِقِ الحَيُّ؛ لأن الصفةَ انحلَّت بولادة الميت، كما لو قال: أولُ عبد رأيتُهُ من عبيدي حُرٌّ، فرأىٰ أحدَهم ميتاً، انحلَّتِ اليمينُ، فإذا رأىٰ بعدَه حيّاً لا يَعْتِقُ، ووافق أبو حنيفةَ في هـٰذا، وخالف في[1] الأول.

قلتُ: إنْ كانت حاملاً حالَ التعليق، صَحَّ قطعاً، وكذا إنْ كانت حائِلاً في الأظهر والأصح[2]، كما لو وصَّىٰ بما ستحملُ.

والثاني: لا، لأنه تعليقٌ قبلَ المِلْكِ. **واللهُ أعلمُ**.

الرابعةُ: قال لعبده: أنتَ ابني، ومثلُه يجوزُ أَنْ يكون ابناً له، ثبت نسبُهُ، وعَتَقَ إنْ كان صغيراً، أو بالغاً، وصدَّقه، وإنْ كَذَّبه، عَتَقَ أيضاً، وإن لم يثبتِ النسبُ.

وإن لم يمكنْ كونه ابنَه؛ بأَنْ كان أصغرَ منه علىٰ حدٍّ لا يتصوَّرُ كونه ابنه، لغا قولُهُ، ولم يَعْتِقْ؛ لأنه ذَكَرَ مُحَالاً. هـٰذا في مجهول النسبِ.

---

(١) كلمة: « في » ساقطة من المطبوع.

(٢) في المطبوع: « والأصح ».

فإنْ كان معروفَ النسبِ من غيره، لم يلحقْهُ، لـٰكن يَعْتِقُ علىٰ الأصحِّ؛ لتضمُّنه الإقرارَ بحرِّيته.

ولو قال لزوجته: أنتِ بنتي. قال الإمام[1]: الحُكْمُ في حُصول الفِرَاقِ وثُبوتِ النسبِ كما في العتقِ.

الخامسةُ: قال لعبدَيه: أعتقتُ أحدَكما علىٰ ألف، أو أحدُكما حُرٌّ علىٰ ألفٍ، لم يَعْتِقْ واحدٌ منهما ما لم يقبلا، فإنْ قَبِلَ كُلُّ واحد الألفَ، عَتَقَ أحدُهما، ولزمَ السيدَ البيانُ، فإنْ مات قبلَه، ولم يقم الوارث مَقامَه، أو لم يكن وارِثٌ، أقرعَ، فمن خرجَتْ قُرعتُهُ، عَتَقَ بعِوَض. وفي ذٰلك العِوَض وجهانِ، أصحُّهما وبه قال ابن الحَدَّاد: قيمتُهُ. والثاني: المسمَّىٰ، قاله أبو زيد؛ لأن المقصودَ العتقُ، لا المعاوَضة، فيحتمل إبهام العِوض، تبعاً للعتقِ.

ولو قال لأمَتَيْهِ: إحداكما حُرَّةٌ علىٰ ألفٍ، فقبلتا، ثم وطئَ إحداهما، فهل هو اختيارٌ لملكِ الموطوءة، ويتعيّن الأخرىٰ للعتق؟ وجهانِ حكاهما الشيخ أبو عليٍّ.

السادسَةُ: جارية مشترَكةٌ، زوَّجَها الشريكانِ بابنِ أحدِهما، فأتت منه بولد، يَعْتِقُ نصفُه علىٰ الجَدِّ، ولا يسري إلىٰ النصف الآخَر إذا لم يَعْتِقْ عليه باختياره.

السابعةُ: سبقَ في النكاح أَنَّ من نكح أَمَةً غُرَّ بحرِّيتها، فأولدَها، انعقدَ الولدُ حُرّاً، ويلزمُ المغرور قيمته لمالك الأَمة. هـٰذا هو الصحيح، وحكىٰ الشيخُ أبو عليٍّ وجهاً: أنه ينعقدُ رقيقاً، ثم يعتقُ علىٰ المغرورِ، وله ولاؤه.

وأنَّا إذا قلنا: ينعقدُ حُرّاً فلا قيمةَ علىٰ المغرور، وهو غريبٌ ضعيفٌ.

قال الشيخُ[2]: وفي القلبِ من وجوبِ القيمة علىٰ المغرورِ شيءٌ؛ لأنه لم يتلف شيئاً علىٰ مالك، وإنما منعَ دخولَ شيء في مِلْكه، لـٰكن ليس فيه خلاف يُعْتَدُّ به، وأجمعتِ الصحابةُ رضي اللهُ عنهم علىٰ وجوبِ الضمانِ، فلا بُدَّ مِنْ متابعتهم.

وإذا عرفت هـٰذا، فلو نكح جاريةَ ابنِهِ مغروراً بحرِّيتها، فأولدَها، فهل يلزمُهُ قيمةُ الولد؟ وجهان.

---

(١) انظر: (نهاية المطلب: ١٩ / ٢٥٠).

(٢) هو الشيخ أبو عليٍّ السِّنْجيُّ. انظر: (فتح العزيز: ١٣ / ٣٧٠).

أحدهما: لا؛ لأنه إن انعقدَ حُرّاً، فينبغي أن لا يلزمهُ شيء، وإن انعقدَ رقيقاً، عَتَقَ علىٰ الجَدِّ بالقرابة، ولأنه لم يفوتْ بظنِّ الحرية علىٰ الأبِ رقّاً ينتفعُ به [١٣٢٥ / أ]؛ لأنه كان يَعْتِقُ عليه.

وأصحُّهما: نَعَمْ، وبه قال ابن الحدَّاد.

وإنْ وطئها عالماً بالحال، ملكَه الجَدّ، وعَتَقَ عليه.

قال الإمام: ولا يبعدُ أَنْ يقال: ينعقدُ حُرّاً.

فُرُوعٌ: في مسائلَ منثورةٍ:

شَهدا أنه قال: أَحَدُ هٰذين العبدَين حُرٌّ[1]، أو أنه أوصىٰ بإعتاقِ أحدِهما، أو أنه قال: إحدىٰ هاتين المرأتين طالقٌ، يُقبَلُ، ويحكم بمقتضىٰ شهادتِهما.

ولو ولدتِ المزنيُّ بها ولداً، ومَلَكَه الزاني لم يَعْتِقْ عليه.

وقال أبو حنيفةَ: يَعْتِقُ.

ولو قال لعبده: أنت حُرٌّ كيف شئتَ، قال أبو حنيفةَ: يَعْتِقُ في الحال.

وقال صاحباه[2]: لا يَعْتِقُ حتَّىٰ يشاء.

قال[3] ابن الصبَّاغ: وهو الأشبهُ.

ولو أوصىٰ بإعتاق عبدٍ يخرجُ من الثُّلثِ، لزِمَ الوارث إعتاقه، فإنِ امتنعَ، أعتقَه السلطانُ.

ولو كان له عبد مقيَّدٌ، فحلفَ بعتقِه أَنَّ في قَيدِهِ عَشَرَةَ أرطال، وحلف بعتقِهِ لا يحلُّه هو ولا غيرُه، فشهد عند القاضي شاهدان: أَنَّ قَيْدَهُ خمسةُ أرطال، وحكم القاضي بعتْقه، ثم حلَّ القَيد فوجدَ فيه عَشَرَة أرطالٍ، قال ابْنُ الصبَّاغ: لا شيءَ علىٰ الشاهدين؛ لأن العتقَ حصل بِحَلِّ القَيد دون الشهادة؛ لتحقُّق كذِبهما.

---

(١) في (ظ، أ، س): « حُرّاً » المثبت من المطبوع.
(٢) صاحباه: هما: أبو يوسف القاضي، يعقوب بن إبراهيم الأنصاري، وأبو عبد الله، محمد بن الحسن بن فرقد الشيباني مولاهم.
(٣) في المطبوع: « وقال ».

قال ابْنُ الحَدَّاد: ولو شهد شاهدانِ أنه أعتقَ في مرضه هـٰذا العبدَ، أو أوصىٰ بعتقِهِ، وحكمَ القاضي بشهادتهما، وشهدَ آخرانِ أنه أعتقَ عبداً آخَرَ، وكُلُّ واحدٍ منهما ثلُثُ مالِهِ، ثم رجعَ الأولانِ، لم يردَّ القضاء بعد نُفوذه؛ بل يقرعُ بينهما، فإِنْ خرجتِ القرعةُ للأول، عَتَقَ، وعلىٰ الشاهدَين الغرمُ للرجوع، ويرقُّ الثاني، وحينئذٍ يَحْصُلُ للورثة التركة كلّها، وإِنْ خرجَت للثاني، عَتَقَ، ورَقَّ الأولُ، ولا شيءَ علىٰ الراجعينَ؛ لأنَّ من شَهِدَا به[1]، لم يعتقْ.

واعترضَ ابْنُ الصبَّاغ، فقال: ينبغي أَنْ يَعْتِقَ الثاني بكلِّ حالٍ، ويقرع بينهما لمعرفةِ حالِ الأوَّلِ، فإِنْ خرجَتِ القرعةُ له، عَتَقَ[2] أيضاً، وغُرِّمَ الراجعانِ.

فَرْعٌ: قال ابْنُ الحَدَّادِ: لو زوَّج أمتَهُ بعبدِ غيرِهِ، وقبضَ مهرَها، وأتلفَه، ومات، ولا مال له غيرُها، ولم يدخُلِ الزوجُ بها، فأعتقها الوارثُ، نفذَ إعتاقه.

قال الشيخ أبو عليٍّ: نقدّمُ علىٰ هـٰذا فَصْلَين.

أحدهما: إذا أعتقَ الوارثُ عبدَ التركة، وعلىٰ الميتِ دَيْن، نُظِرَ:

إنْ كان الوارِث معسِراً، لم ينفذِ العتقُ، هـٰكذا قطع به الشيخ.

وعن الشيخ أبي محمد: أنه علىٰ الخلاف في إعتاق الراهنِ، وضعَّفه الإمامُ.

وإنْ كان موسِراً، فوجهانِ.

أحدهما، وبه قال ابن الحَدَّاد: ينفذُ، وينتقلُ الدَّينُ إلىٰ مال الوارث، كما لو أعتقَ السيد الجاني، هـٰذا لفظ الشيخ، ونقل الإمامُ عنه: أنا إذا نفذْنا[3] العتقَ، نقلنا الدَّينَ إلىٰ ذمةِ الوارثِ إذا لم يخلفْ سوىٰ العبد.

قال: ولَسْتُ[4] أرىٰ الأمرَ كذٰلك، فالدَّينُ لا يتحوَّلُ إلىٰ ذمةِ الوارثِ قَطُّ، لـٰكنه بالإعتاقِ متلِف للعبد، فعليه أقلُّ الأمرَين من الدَّين، وقيمةِ العبد.

والثاني: أنه موقوفٌ، فإذا أدَّىٰ الوارثُ الدَّين من ماله، تبيَّنَ نُفوذُ العتقِ، وإلاَّ،

---

(١) في (ظ، أ، س): «شهد أنّه» المثبت من المطبوع.
(٢) في المطبوع: «أعتق».
(٣) في المطبوع: «أنفذنا».
(٤) في المطبوع: «وكنتُ»، تحريف.

بيعَ العبدُ في الدَّين، وبانَ أَنَّ العتقَ لم ينفذْ [١٣٢٥ / ب].

ولو باعَ الوارثُ التركة بغير إذنِ الغُرماء، لم ينفذْ بيعُهُ إنْ كان معسِراً.

وإن كان موسِراً، ففيه أوجُهٌ.

أحدُها: لا ينفذُ، كالمرهون.

والثاني: ينفذُ.

والثالثُ[1]: موقوف، كالعتق.

قال الإمامُ: ويجيءُ ممَّا حكاه الشيخ أبو محمد قولٌ: أنه يصحُّ بيعُ الوارثِ التركة وإن[2] كان معسِراً، كالجاني.

قال: وذكر أبو عليٍّ؛ تفريعاً على صحة البيع: أنَّ الثمنَ يصرفُ إلىٰ الغُرماء.

وأَنَّ المشتري لو دفع الثمن إلىٰ الوارث فتلف في يده، كان للغرماءِ تغريمُ المشتري.

قال الإمامُ: والوجهُ عندي القطعُ بأنهم لا يطالبونَ المشتري.

وأنَّا إذا صحَّحنا البيعَ، كان كالإعتاقِ.

قال الإمامُ: ولزومُ البيع بعيدٌ، فإنَّ بيعَ الجاني وإن صحَّحناه، لا يلزمُ، مع أَنَّ تعلُّقَ الأَرْش به أضعف، فبيعُ الوارثِ أَوْلىٰ بأَنْ لا يلزمَ.

واعلم: أَنَّ جميع هـٰذا تفريعٌ علىٰ أَنَّ الدَّين لا يمنعُ الإرث، فإن قلنا: يمنعُهُ، فالتركةُ باقية علىٰ ملكِ الميت، فلا يصحُّ التصرُّف للوارث بحال. والحاصلُ أَنَّ المذهبَ نفوذُ العتقِ من الوارثِ الموسِر، ومنع البيع.

الفصلُ الثاني: ذكرنا في « النكاح » أَنَّ الأمَةَ إذا عَتَقَتْ تحتَ عبدٍ، فلها الخيارُ، فإنْ فسخَتْ قبلَ الدخول، سقطَ كُلُّ المهرِ، وعلىٰ السيدِ ردُّهُ إنْ كان قبضه.

إذا تقرَّرَ الفصلانِ، فينفذُ العتقُ في الحال في فَرْعِ ابْنِ الحَدَّادِ.

---

(١) في المطبوع: « والثلث »، غلط.

(٢) في المطبوع: « إن » بدون « الواو ».

ثم إنْ كان الوارث معسِراً، فلا خيارَ لها؛ لأنها لو فسخَت، لوجبَ رَدُّ مهرِها، وصار ذٰلك دَيناً علىٰ الميت، وذٰلك يمنعُ نفوذَ العتقِ من الوارِث المعسِر، وإذا لم يعتقْ، فلا خيارَ، ففي إثبات الخيار بقيَّة، والمسألةُ دوريَّة، وقد سبقَ طرفٌ منها في « النكاح ».

وإنْ كان موسِراً، فإنْ قلنا: ينفذُ عتقه، فلها الفسخُ، وإذا فسخت صار مهرُها دَيْناً، فيطالبُ[1] به المعتق إنْ كانت قيمتها كَمْهرِ المِثْلِ[2]؛ لتفويته التركة.

وإنْ كانَ مهرُها أكثرَ، لم يطالب إلاَّ بقيمتها؛ لأنه لم يفوتْ إلاَّ ذٰلك.

وإنْ قلنا: يتوقّف نفوذ العِتق علىٰ أداءِ الدَّين، فلا عِتْقَ ولا خيارَ، حَتَّىٰ يردّ الصَّدَاق إلىٰ سيدِ العبد، هٰكذا ذكره الشيخ أبو عليٍّ، وفيه إشكالٌ؛ لأنه لا يثبتُ لسيدِ العبدِ دَيْن ما لم يفسخْ، فكيف يقضي الدَّين قبلَ ثُبوته ؟ !

فَرْعٌ: مات عن ابنٍ حائزٍ للتركة، وهي ثلاثةُ أعْبُدٍ، قيمتُهم سواء، فقال الابنُ: أعتقَ أبي في مرضِه هٰذا، وأشارَ إلىٰ أحدِهم، ثم قال: بل هٰذا وهٰذا، يعني: الأولَ وآخَرَ معاً، ثم قال: بل أعتقَ الثلاثةَ معاً.

قال ابْنُ الحَدَّاد: الأولُ حُرٌّ بكلِّ حالٍ، ويقرعُ بينه وبين الثاني؛ لإقراره الثاني، ويقرعُ بين الثلاثة مرةً ثانية، فإذا أقرَعْنا في المرَّتين، فإن خرجَ سهمُ العتقِ للأولِ فيهما لم يَعْتِقْ غيرُه، وإنْ خرجَ للثاني فيهما، أَو للأولِ[3] في الأُولىٰ، وللثاني في الثانية، أو بالعكس، عَتَقَا، دون الثالثِ.

وإنْ خرجَ للأولِ في الأُولىٰ، وللثالثِ في الثانية عَتَقَا دون الثاني.

وإنْ خرجَ للثاني في الأُولىٰ، وللثالثِ في الثانية، عَتَقُوا كلُّهم.

قال الشيخ أبو عليٍّ: ولو كانت قيمتُهم [١٣٢٦ / أ] مختلفةً؛ بأن كانت قيمةُ الأولِ مئةً، والثاني المضموم إليه مئتين، والثالث ثلاث مئة، فالأولُ حُرٌّ بكلِّ حال؛ لإقراره الأول، وهو دون الثلاثة، فإذا أقرَعْنا بينَه وبين الثاني، وخرجَ سهمُ العتقِ

---

(١) في المطبوع: « فيطالبه ».
(٢) في (ظ)، والمطبوع: « المهر » بدل: « كمهرِ المثل ».
(٣) في المطبوع: « وللأول ».

للأول، عَتَقَ من الثاني أيضاً نصفُهُ، وإنْ خرجَ السهمُ للثاني، عَتَقَ كُلُّهُ.

وإذا أقرَعْنا بين الثلاثة؛ لإقراره الثالث، فإنْ خرجَ سهمُ العتقِ للثالث، عَتَقَ ثُلُثاه، وذٰلك ثلُثُ ماله، وإنْ خرجَ للثاني، لم يَعْتِقِ الثالثُ، سواء خرجَتِ القرعةُ الأُولىٰ علىٰ الثاني، أو لم تخرُجْ؛ لأنه ثلُث مالِهِ، وإنْ خرجَتْ للأول، فهو نصفُ الثلُث، فتعادُ القرعةُ؛ لإكمالِ الثلُثِ بين الثاني والثالث، فإنْ خرجَت علىٰ الثاني، رَقَّ الثالثُ، ولا يَعْتِقُ من الثاني إلاَّ ما عَتَقَ بالقُرعة الأُولىٰ، وهو كُلُّهُ، أو نصفُهُ، وإنْ خرجَتْ علىٰ الثالث، عَتَقَ ثلثُهُ.

ولو كانت قيمةُ الأولِ ثلاث مئةٍ، والثاني مئتين، والثالث مئة، عَتَقَ من الأولِ ثُلُثاه، ثم يقرعُ بينَه وبين الثاني، فإنْ خرجَ سهمُ العتقِ للأولِ، لم يردَّ شيء، وإنْ خرج للثاني، عَتَقَ كُلُّهُ، ثم يقرعُ بين الثلاثة، فإنْ خرجَ للأولِ أو الثاني، لم يردَّ شيء علىٰ ما عَتَقَ، وإنْ خرج للثالث، [عَتَقَ] كُلُّهُ.

فَرْعٌ: ماتَ عن ثلاثةِ بنينَ، وله ثلاثةُ أعبُدٍ، قيمتُهم سواء، فأقَرَّ أحَدُ البنين أَنَّ أباه أعتقَ في مرضه هٰذا العبدَ، وأقَرَّ آخَرُ أنه أعتقه مع هٰذا الآخَر، وأقرَّ الثالثُ أنه أعتق الثلاثةَ معاً، عَتَقَ ثُلُثُ[1] الأولِ؛ لأنَّ أحدَ البنين أقرّ بعتقه، فنفذَ في حِصَّته وهي ثُلُثُه، ثم يقرعُ بينه وبين المضموم إليه؛ لإقرارِ الثاني، فإنْ خرجَ سهمُ العتقِ للأولِ، عَتَقَ منه ثُلُثٌ آخَرُ، وهو حِصَّةُ المُقِرِّ، وإنْ خرج للثاني، عَتَقَ ثُلُثُه لهٰذا المعنىٰ، ثم يقرعُ بين الثلاثة، فمَنْ خرجَ له سهمُ العتقِ، عَتَقَ كُلُّهُ.

وإذا حكَمْنا بعتقِ بعضِ عَبْدٍ، فلا سرايةَ؛ لأنهم لم يباشروا الإعتاقَ، ولا أقرُّوا به علىٰ أنفسهم.

ومَنْ أعتَقْنا بعضَه بإقرار أحدِ البنينَ إذا وقعَ بالقِسمة[2] في نصيبِ ذٰلك المقرّ، أو صار له بوجهٍ آخَرَ، حُكم عليه بعتقهِ؛ لإقراره بأنه حُرٌّ كُلُّهُ.

فَرْعٌ: شهد اثنانِ علىٰ ميتٍ: أنه أوصىٰ بعتقِ عبدِهِ سالم، وهو ثلُثُ ماله، وقال الوارِث: أوصَىٰ بعتقِ غانم، وهو ثُلُثه، فإنْ لم يكذِّبِ الوارثُ الشاهدَين، واقتصرَ علىٰ أنه أوصىٰ بعتق هٰذا، عَتَقَ الأولُ بموجب البَيِّنة، وأقرع بينه وبين الثاني؛

(١) كلمة: « ثلث » ساقطة من المطبوع.

(٢) في المطبوع: « القسمة ».

لإقرارِ الوارِث، فإنْ خرجَتِ القرعةُ للأولِ، لم يَعْتِق الثاني، وإنْ خرجَتْ للثاني، عَتَقَ، ولم يَرِقَّ الأولُ؛ لأنه مستحقُّ العتقِ بالبَـيِّنة، فلا يتمكّنُ الوارث مِنْ إبطالِهِ بالإقرار، وقد تعملُ القرعة في أَحَدِ الطرَفين دون الآخَر كما سبق.

وإنْ أقَرَّ الوارثُ أنه أعتقَ الثاني، وكذّب الشهودَ في الأول، عَتَقَا جميعاً؛ الأولُ بالشهادةِ، والثاني بالإقرارِ.

ولو شهد أجنبيّان بأنه أوصىٰ بإعتاق عبدٍ، هو ثلثُ ماله، وشهد وارثان بأنه أوصىٰ بإعتاق آخَرَ، فإنْ كذَّبَ الوارثانِ [١٣٢٦ / ب] الأجنبيّين، عَتَقَا جميعاً[1]، وإلاَّ أقرعَ كما سبقَ.

فَرْعٌ[2]: ثلاثةُ إخوةٍ في أيديهم أَمَةٌ وولدُها، وهو مجهولُ النسَبِ، قال أحدُهم: هي أمُّ ولدي، وهو ولدي منها، وقال الثاني: هي أُمُّ ولدِ أبينا، والولدُ أخونا، وقال الثالثُ: هي أَمَتي، وولدُها عَبْدي، فالكلامُ في أحكامٍ.

الأول: نسَب الولَد، فلا يثبتُ من أبيهم.

وأَمَّا ثُبوتُهُ مِنَ الذي استلحقَهُ، فإنْ قلنا: إنَّ مَنِ استلحقَ عبداً مجهولَ النسب، لحقَهُ، ثبتَ نسبُهُ منه، وإلاَّ، فلا، علىٰ الأصحِّ.

الثاني القائِلُ: هي أُمُّ ولَدِ أبينا، لا يدَّعي لنفسه شيئاً علىٰ الآخَرين، فلا يحلِّفهما، لـٰكن إنِ ادَّعت الأمَةُ ذٰلك، وأنها عَتَقَتْ لموت الأب، حلَّفهما أنهما لا يعلمانِ الأبَ أَوْلَدَها، وأما الآخَران، فَكُلُّ واحدٍ منهما يدَّعي ما في يد صاحبه، هـٰذا يقول: هي مستولَدَتي، وذاك[3] يقول: مِلْكي، فيحلّفُ كُلّ واحدٍ الآخَرَ علىٰ نفي ما يدَّعيه في الثُلُثِ الذي في يده.

الثالثُ القائل: هي أمُّ ولَدِ أبينا، لا غرمَ له؛ لأنه لا يدَّعي لنفسه شيئاً ولا عليه، والذي يدَّعي الاستيلادَ يلزمُهُ الغرمُ للذي يدَّعي الملك؛ لاعترافه بأنه فَوَّتَ عليه نصيبَه من الأَمَة، والولد. هـٰكذا عَلَّلوه، ومقتضاهُ: أَنْ تكونَ الصورة فيما إذا سلمَ أنه كان لمدّعي الرقِّ منها نصيبٌ بالإرث، أو غيره، وإلاَّ، فلا يلزمُ من قوله: مستولَدَتي

---

(١) في المطبوع: « عتقاً » بدل: « جميعاً ».

(٢) كلمة: « فرع » ساقطة من المطبوع.

(٣) في المطبوع: « وذٰلك ».

كونها مشتركة مِنْ قبلُ، وكم يَغْرَمُ ؟ وجهانِ؛ بناءً علىٰ أن الجارية في يَدِ مَنْ هي ؟ وفيه وجهان.

أحدهما: لا يَدَ عليها للقائل: مستولدة أَبينا؛ لأنها حُرَّةٌ بزعمه، فتكون في يد الآخَرين.

وأصحُّهما: هي[1] في يد الثلاثةِ حُكماً، فعلىٰ الأول: يلزمُه لمدَّعي الرقِّ نصفُ قيمتها وقيمة الولَدِ، وعلىٰ الأصحِّ: ثُلُثُ قيمتها، وبه أجابَ ابْنُ الحَدَّاد.

الرابعُ: الولَدُ حُرٌّ بقولِ مَنْ يقول: مستولَدَة الأب، ومَنْ يقول: مستولدتي.

قال الشيخ أبو عليٍّ: ويَعْتِقُ عليه نصيبُ مدَّعي الرق ونصيبه من الجارية، هٰكذا ينبغي أَنْ يكونَ.

فَرْعٌ: قال لعبدَيه: أحدُكُما حُرٌّ، ثم غابَ أحدُهما، فقال للذي لم يَغِبْ وعبدٍ ثالثٍ: أحدُكما حُرٌّ، ثم ماتَ قبل البيانِ.

قال الأستاذُ أبو إسحاقَ: يقرعُ بين الأولين، فإنْ خرجَ سهمُ العتقِ للذي غاب، عَتَقَ، وتعادُ القرعةُ بين الآخرين، فمَنْ خرجَتْ له، عَتَقَ أيضاً. وإنْ خرجَتْ أوّلاً للذي لم يَغِبْ، عَتَقَ، ولا تعادُ؛ لأن تعيينَ القُرعة كتعيينِ المالِكِ.

ولو عيّنَ الذي لم يَغِبْ للعتقِ، ثم قال له ولآخَرَ[2]: أحدُكُما حُرٌّ، كان صادقاً، ولم يقتضِ ذٰلك عِتق الآخَر.

وقال الماسَرْجِسِيُّ[3]: إنْ خرجَتِ القرعةُ للذي لم يَغِبْ، تعادُ؛ لأنه يحتملُ أنه أراد بقوله: «الثاني» الذي حضرَ آخراً، فإنْ خرجتِ القرعةُ الثانيةُ للذي لم يَغِبْ أيضاً، لم يعتقْ غيره[4]، وإنْ خرجَتْ للآخَر، عَتَقَ أيضاً، ومال الإمامُ إلىٰ هٰذا، ورجّح الشيخُ أبو عليٍّ[5] الأولَ.

(١) كلمة: «هي» ساقطة من المطبوع.
(٢) في المطبوع: «وللآخر».
(٣) هو أبو الحَسَن، محمد بن علي بن سهل بن مُصْلح الماسَرْجِسِيُّ.
(٤) كلمة: «غيره» ساقطة من المطبوع
(٥) هو الشيخ أبو عليٍّ السِّنْجيُّ، الحُسَين بن شعيب.

فَرْعٌ: له أربعُ إماءٍ، فقال: كُلَّما وطئتُ واحدةً منكنَّ، فواحدةٌ منكنَّ حُرَّةٌ، ثم وطئ إحداهنَّ، عَتَقَتْ إحداهُنَّ. وهل تدخلُ الموطوءة في العتقِ المُبهم؟ يبنىٰ علىٰ الوجهَين [١٣٢٧ / أ] السابقَين في أنَّ الوطءَ هل يكون تَعْييناً للمِلْك[١] في الموطوءة، والعِتْق في غيرها؟ إن قلنا: نَعَمْ، وعليه فَرَّعَ ابْنُ الحدَّاد، فأولُ الوطء لا يتضمَّن التعيين؛ لأن العتقَ معلّق به، وما لم يوجَدْ، لا يثبتُ استحقاق العتقِ.

فلو نزعَ بمجرَّد تغييبِ الحَشَفَةِ، دخلتِ الموطوءَةُ في العتقِ المُبهم، وإنِ استدامَ، فهل تتضمَّن الاستدامةُ التعيينَ وإخراجَ الموطوءة عن استحقاق العتقِ؟ وجهان.

أحدُهما، وهو[٢] قول أبي زيد: نَعَمْ فيقرعُ بين الثلاث[٣] البواقي.

وأصحُّهما، وبه قال ابْنُ الحَدَّاد: لا؛ لأنه وطء واحِد، ولهـٰذا لا يستحقُّ بالاستدامةِ عتق آخر، فيقرع بين الأربع[٤]، وهـٰذا كمَنْ قال لأَمَتِهِ: إنْ وطئتُكِ فأنتِ حُرَّة، فوطئ، ونَـزَعَ في الحال، لا يلزمُهُ مَهْرٌ، وإنِ استدامَ، فوجهانِ كنظيره في الحَلفِ بالطلاق.

وإنْ وطئَ ثلاثاً منهنَّ، واستدامَ، عَتَقَ بكلِّ وطءٍ أَمَةٌ، فإنْ جعلْنا الوطءَ تعييناً، والاستدامة متضمّنة للتعيين، عَتَقَتِ الأولىٰ والثانية، والرابعة بلا قُرعة، ورَقَّتِ الثالثةُ؛ لأنه لما وطئَ الأُولىٰ فبتغييب الحَشَفة ثبتَ عتقُ واحدةٍ، فإذا استدامَ، خرجَتْ هي عن الاستحقاق؛ لتعينها للملكِ، والثانية والثالثة تعيَّنتا للملك بوطئهما، فتعيَّنت الرابعةُ للعتقِ، وبوطءِ الثانية ثبتَ حقُّ العتقِ لها، وللأُولىٰ والثالثة؛ لأنَّ الرابعةَ عتقت[٥] بالوطءِ الأولِ، فإذا استدامَ خرجَتْ هي عن الاستحقاقِ، وخرجتِ الثالثةُ أيضاً بوطئها، فتعيَّنت الأولىٰ للعتق، فإذا وطئَ الثالثة، لم تَبْقَ إلَّا هي والثانية، واستدامة الوطءِ فيها إمساك، فيعين العتق في الثانية.

---

(١) في (ظ): « للمالك ».
(٢) في المطبوع: « هو » بدون « الواو ».
(٣) في (ظ): « الثلاثة ».
(٤) في المطبوع: « الأربعة ».
(٥) في المطبوع: « علقت ».

وإنْ جعَلْنا الوطءَ تعييناً، ولم نجعلِ الاستدامةَ تعييناً، أقرعَ بين الأولىٰ والرابعة؛ لأنه أمسكَ الثانيةَ والثالثةَ بوطئهما للمِلْك، فإنْ خرجت القرعةُ للرابعة، عَتَقَتْ، وبوطء الثانية يستحقُّ عِتق آخَر، لٰكن لا حَظَّ فيه للرابعة؛ لأنها عَتَقَتْ بالوطءِ الأول، ولا للثالثةِ؛ لأنه أمسكها بالوطء، فهو إذاً متردّدٌ بين الأولىٰ والثانية، فيقرعُ بينهما، فمَن خرجَتْ لها القرعةُ، عَتَقَتْ، وبوطء الثالثة يستحقُّ عِتق آخَر، ولا حَظَّ فيه للرابعة، ولا لمن عَتَقَ من الأولىٰ والثانية، فإن عَتَقَتِ الأولىٰ، أقرَعْنا بين الثانية والثالثة، وإن عَتَقَتِ الثانية، أقرَعْنا بين الأولىٰ والثالثة، وإن خرجت القرعةُ الأُولىٰ للأُولىٰ دون الرابعة، عَتَقَتْ، وبوطءِ الثانية يتردَّدُ العتقُ بينها وبين الرابعة؛ لأنَّ الأولىٰ عَتَقَتْ، والثالثة تعيَّنت بالوطء للإمساك، فمن خرجَتْ لها القرعةُ، عَتَقَتْ، وبوطء الثالثة يستحقُّ عتق آخَر، لا حَظَّ فيه للأُولىٰ، ولا لمن عَتَقَتْ مِنَ الثانية[1] والرابعة، فإنْ عَتَقَتِ الثانية، أقرَعْنا بين الثالثة والرابعة، وإنْ عَتَقَتِ الرابعةُ، أقرَعْنا بين الثانية والثالثة.

وإن قلنا: الوطءُ ليس بتعيين، أقرعَ ثلاث مرات؛ لاستحقاقِ العتقِ لثلاثٍ منهنَّ، يقرعُ بوطء الأولىٰ بين الأربع بسهمِ عتقٍ، وثلاثة أسهمِ رقٍّ، فإنْ خرجَتْ للرابعةِ[2]، عَتَقَتْ، [١٣٢٧ / ب] ولا مَهْرَ لها؛ لأنه لم يطأْها، وإن خرجت لِلأولىٰ[3]، عَتَقَتْ، وهل تستحقُّ المهرَ ؟ يُبنىٰ علىٰ أَنَّ استدامةَ الوطءِ، هل يوجبُ مهراً ؟ وإن خرجَتْ للثانية أو الثالثة، عَتَقَتْ، ولها المهرُ؛ لأنَّا تبيَّنَّا أنه وطئها بعد حُصول عِتْقها، ثم يقرعُ لوطء الثانية بين الثلاث البواقي بسهمِ عتقٍ، وسهمَيْ رقٍّ، فإنْ خرجَتْ للرابعةِ، فلا شيءَ لها، وإنْ خرجت للثانية، ففي استحقاقِها المهْرَ الوجهانِ. وإن خرجت للثالثة[4]، استحقّت، وإنْ خرجتِ القرعةُ لِلْحرِّية[5] في المرةِ الأُولىٰ للثانية، أقرَعْنا لوطءِ الثانية بين الأولىٰ والثالثة والرابعة، فإنْ خرجَ سهمُ العتقِ للأولىٰ، فلا مَهْرَ لها بلا خلافٍ؛ لأن عتقَها متأخِّرٌ عن وطئها، وإنْ خرجَ للرابعة،

---

(١) في المطبوع: « والثانية » بدل: « من الثانية ».
(٢) في المطبوع: « الرابعة ».
(٣) في المطبوع: « الأولىٰ ».
(٤) في المطبوع: « الثالثة ».
(٥) في المطبوع: « الحرية ».



فكذلك؛ لأنه لم يَطَأْها. وإنْ خرجَ للثالثةِ، فلها المَهْرُ؛ لأنَّا تبيَّنَّا أنها عَتَقَتْ قبل وطئها، ثم يقرعُ لوطءِ الثالثة بين الباقيتين(١) بسهمِ عتقٍ، وسَهْمِ رقٍّ، فإن بقيتِ الثالثةُ والرابعةُ، وخرجت القرعة للرابعة، فلا مَهْرَ، وإنْ خرجَتْ للثالثة، فهل لها المهرُ؟ فيه الوجهانِ، وإنْ بقيتِ الأولىٰ والثانية، فلا مَهْرَ لمن خرجَتْ لها القرعةُ منهما؛ لتقدُّمِ وطئها علىٰ عتقها.

وفيه وجهٌ: أنه يقرعُ بين الأربع دَفْعةً واحدةً بثلاثةِ أسهمِ عِتْقٍ، وسَهْمِ رقٍّ، فَتَعْتِقُ ثلاثٌ، وتَرِقُّ واحدةٌ، وهـٰذا صحيح لمعرفة الرقِّ والعتقِ، لـٰكن لا يعرفُ(٢) به المهرُ، وموضعُ الخلاف [فيه] والوفاق.

ولو وطئ الأربعَ، عَتَقْنَ كُلُّهُنَّ، ونحتاجُ للمهرِ إلىٰ الإقراعِ ثلاثَ مراتٍ بين الأربعِ، مرة بسهمِ عتقٍ، وثلاثة أسهمِ رقٍّ، ثم مرة بين ثلاثٍ منهنَّ بسهمِ عتقٍ، وسهمَي رقٍّ، ثم مرة بين الباقيتين بسهم عتقٍ، وسهم رقٍّ.

واستيعابُ الاحتمالاتِ يطولُ.

وضابطُهُ أَنْ ينظرَ في كُلّ قُرعةٍ، فمَنْ بانَ أَنّها عَتَقَتْ قبل وطئها، فلها المهْرُ، وفيمن عَتَقَتْ بوطئها الوجهانِ.

أمَّا إذا قال: كُلَّما وطئتُ واحدةً منكنَّ، فواحدةٌ من صواحبها حُرَّةٌ، وَوَطِئَهُنَّ، فإنْ قلنا: الوطءُ يعيّن الملكَ في الموطوءة، عَتَقَتِ الرابعةُ بوطء الأُولىٰ، والأُولىٰ بوطءِ الثانيةِ، والثانيةُ بوطءِ الثالثة، ورقَّتِ الثالثةُ.

وإن قلنا: لا يعيّنُ، عَتَقَ ثلاثٌ، ورَقَّتْ واحدةٌ، فيقرعُ لوطءِ الأولىٰ بين الثلاثِ البواقي، فإنْ خرجتِ القرعةُ للثانية، عَتَقَتْ، ثم يقرعُ لوطء الثانية بين الأُولىٰ والثالثة والرابعة، فإنْ خرجَتْ للأولىٰ أو للرابعة، عَتَقَتْ. وإذا وطيءَ الثالثةَ، عَتَقَتِ الباقيةُ من الثلاثِ، وهي الأُولىٰ، أو الرابعة، وإنْ خرجَتِ القرعةُ الثانيةُ للثالثةِ، عَتَقَتْ، فإذا وطئ الثالثة(٣)، أقرعَ بين الأولىٰ والرابعة.

---

(١) في المطبوع: « الباقيين ».

(٢) في المطبوع: « يصرف » بدل: « يعرف »، تحريف.

(٣) في المطبوع زيادة: « عتقت الباقية منهنَّ، وهي الأولىٰ أو الرابعة، وإن خرجت القرعة الثانية للثالثة، عتقت، فإذا وطئ الثالثة »، وهي إقحام ناسخٍ أو غيره. انظر: « فتح العزيز: ١٣ / ٣٨٠).

وأمَّا المهرُ، فلا يجبُ لمن عَتَقَتْ بعد الوطء، ويجبُ لمن بانَ عتقُها قبله.

وفي هٰذه الصورة لا يعتقُ الموطوءة بوطئها بحال.

واعلم: أَنَّ الإقراعَ في جميع هٰذه الصور[1] فيما إذا مات قبلَ البيانِ، فأمَّا في حياتِهِ، فيؤمَرُ بالبَيانِ.

فَرْعٌ: له أربعُ إماءٍ وعبيد، فقال: كلَّما وطئتُ [واحدة] منكنَّ، فعبدٌ من عبيدي حُرٌّ، وكلما وطئت ثنتين[2]، فعَبدانِ حُرَّانِ، وكلما وطئتُ ثلاثاً، فثلاثةٌ، وكلَّما وطئتُ أربعاً، فأربعةٌ، فوطئَ الأربعةَ، فهو كقوله: كلَّما طلَّقتُ امرأةً فعبدٌ من عبيدي حُرٌّ، إلىٰ آخرِ التصوير، وقد سبقَ في الطلاق، والصحيحُ أنه يَعْتِقُ خمسةَ عَشَرَ [١٣٢٨ / أ] عبداً.

فَرْعٌ: اشترىٰ في مرض موته عبداً بأكثرَ من قيمته، وكانت المُحاباةُ قَدْرَ الثُّلث؛ بأن كان له ثلاث مئة، واشترىٰ عبداً يساوي مئةً بمئتين، ثم أعتقَه.

قال ابْنُ الحَدَّاد: وإن لم يوفر [الثَّمنَ] نفذَ العتق، وبَطَلَت المُحاباة؛ لأنَّ المحاباةَ كالهبة، فإذا لم يقترن بها القبضُ حتَّىٰ جاء ما هو أقوىٰ منها، وهو العتقُ، بَطَلَتْ، ويمضي البيع بثمن المِثْلِ، وعلىٰ البائعِ أن يقنع [به].

وإنْ وفرَ الثَّمَن، نفذت المُحاباة، وبَطَلَ العتقُ؛ لأنَّ المُحاباةَ، استغرقتِ الثلثَ.

قال الأصحابُ: هٰذا غَلَطٌ، ولا فرقَ في المُحاباةِ بين أَنْ يقبضَ، أو لا يقبضَ؛ لأنها تعلَّقت بالمعاوضة[3]، والمعاوضة[4] تلزمُ بنفسِ العقدِ، ولهٰذا لو حابىٰ المريض ولم يقبضْ، ثم أرادَ إبطالها، لم يتمكّن منه، بخلاف الهبةِ، فالجوابُ نفوذُ المُحاباة، وبطلانُ العتقِ؛ لتقدُّمها.

قالوا: وقوله: « يلزمُ البائع أَنْ يقنعَ بقَدْرِ قيمة العبد »، غلط أيضاً؛ لأنه لم

(١) في (أ)، والمطبوع: « الصورة ».
(٢) في المطبوع: « اثنتين ».
(٣) في (ظ)، والمطبوع: « بالمعارضة ».
(٤) في (ظ)، والمطبوع: « والمعارضة ».

يَرْضَ بزوال مِلْكِه إلاَّ بالزيادة؛ بل ينبغي أَنْ يقالَ: له الخيارُ بين أَنْ ينفذَ البيع بِقَدْرِ القيمةِ وينفذ العتق وبين أَنْ يفسَخَهُ ويبطلَ العِتق.

فَرْعٌ: جاريةٌ بين شريكَين، حامِلٌ من زوجٍ، أو زِنًى، عتقَ أحدُهما نصيبَه من الحَمْل، وهو موسِر، ثم وضعَتْهُ لوقتٍ يعلمُ وجوده يوم الإعتاق، وهو لدونِ ستةِ أشهر، فهو حُرٌّ بالمباشرة والسِّراية، وعلىٰ المعتِق قيمةُ نصيبِ الشريكِ يومَ الولادة.

فإنْ ألقَتْهُ ميتاً من غير جناية، فلا شيءَ علىٰ المعتِق، وإنْ كان بجنايةٍ، فعلىٰ عاقلة الجاني غُرَّةٌ لورثَةِ الجنينِ؛ لأنه محكومٌ بحرِّيته، وعلىٰ المعتِق نصفُ عُشْرِ قيمةِ الأمِّ للشريك. هٰكذا أطلق ابْنُ الحَدَّاد.

وقال(١) القَفَّالُ: إنما يلزمُ المعتِقَ نصفُ عُشْرِ قيمةِ الأُمِّ إذا لم يَزِدْ علىٰ قيمة الغُرَّةِ، فإنْ زادَ، لم يلزَمْ إلاَّ نصفُ قيمة الغُرَّةِ.

ورأىٰ الشيخُ أبو عليٍّ الأخذَ بالإطلاق، وأنه يجبُ نصفُ عُشْرِ قيمة الأُمِّ بالغاً ما بلغَ؛ لأن انفصاله مضموناً كانفصالِه حيّاً؛ لأن الغُرَّةَ تُصْرَفُ إلىٰ الوارث، وقد لا يستحقُّ المعتِق منها شيئاً، وإنما كان يجبُ رعاية المناسبة بين الغُرْمَين، أن لو كان الواجب بالجناية للمعتِق.

قال الشيخُ: وهٰذا كُلُّه جوابٌ علىٰ أَنَّ الشراءَ يَحْصُلُ بنفسِ الإعتاقِ، فإن قلنا: يحصُلُ بأداء القيمةِ، فإذا وضعتِ الحَمْلَ، وقوّمَ، ووصلَ نصفُ القيمة إلىٰ الشريك، فحينئذ يَعْتِقُ الباقي.

وإنْ ألقَتْهُ ميتاً بجناية، فنصفُه حُرٌّ، وهل(٢) يقوّمُ الباقي علىٰ المعتِق؟ فيه الخلافُ السابقُ فيما لو أعتقَ نصيبَه، وماتَ العبدُ قبلَ وصولِ القيمةِ إلىٰ الشريكِ.

فإنْ قلنا: يسقطُ التقويم(٣)، فنِصْفُهُ حُرٌّ ونِصْفُه رقيقٌ، فعلىٰ عاقِلةِ الجاني نصفُ غُرَّةٍ، وإلىٰ مَنْ تُصْرَفُ؟ فيه الخلافُ المذكورُ في أَنَّ مَنْ بعضُه حُرٌّ، هَلْ يورثُ، ويجبُ للنصف المملوك نصفُ عُشْرِ قيمة الأمِّ، وهل يكونُ في مالِ الجاني، أم علىٰ عاقِلته؟ فيه الخلافُ في أَنَّ بَدَلَ الرقيق تحملُه العاقِلة.

---

(١) في المطبوع: «فقال».
(٢) في المطبوع: «وهو» بدل: «وهل».
(٣) في (ظ): «النصف» بدل: «التقويم».

فَرْعٌ: خلَّفَ ثلاثةَ أعْبُدٍ، قيمةُ كُلٍّ واحد مئة، ولا مالَ له غيرُهم، فشهد عَدْلان أنه أَعتَقَ(١) في مرضه هـٰذين، فأشارَ الوارثُ إلىٰ أحدِهما، فقال: أمَّا هـٰذا فأعتقَهُ، وأمَّا الآخَر، فلا، فلا يقبلُ قولُه في إبطال حقِّ الآخَر من العتق، لـٰكن يقرعُ بينهما؛ فإنْ خرجَ العِتْق لمن عيَّنه الوارثُ، عَتَقَ، ورَقَّ الآخَر، وإنْ خرج للآخَر، عَتَقَ بمقتضىٰ القُرعة التي اقتضتها الشهادةُ، [١٣٢٨ / ب] ويعتقُ الآخَر بإقرارِ الوارث.

وإنْ قال الوارثُ: أعتقَ مورِّثي هـٰذا، ولا أعلمُ حالَ الآخَر، أقرعَ بينهما، فمَنْ خرجَتْ له القُرعة، عَتَقَ، دونَ الآخَر.

ولو شهدا أنه أعتقَ الثلاثةَ دَفْعةً، وقال الوارثُ: أعتقَ هـٰذين دون ذاك، قال ابْنُ الحَدَّاد: يقرعُ بين الثلاثة؛ فإنْ خرجَ سهمُ العتقِ للذي أنكرَه الوارِثِ، عَتَقَ، وتعادُ القرعةُ؛ لإقرارِ الوارثِ بين الآخرين، فمَن خَرَجَتْ له عَتَق بإقرارِ الوارِثِ. وإنْ خرجَتْ أوّلاً لأحد الاثنين اللَّذين أقر بإعتاقهما، عتق، ورَقَّ الآخران. وبالله التوفيق.

الخِصِّيصَةُ الخامسَةُ: الولاءُ(٢)، وفيه طرفانِ:

الأول: في سببه، وهو زوالُ الملكِ عن رقيقٍ بالحرِّية، فمن أعتقَ عبداً تنجيزاً، أو بصفَةٍ، أو دَبَّرَه، أو استولَدَها، فَعَتَقَا بموته، أو عَتَقَ عليه بأداءِ نُجوم الكتابة، أو الإبراءِ منها، أو التمسَ مِنْ مالِكِ عبدٍ عتقَه علىٰ مال، فأجابَه، أو أعتقَ نصيبَه مِنْ مشترَك، وسرىٰ، أو ملك قريبه، فَعَتَقَ عليه، ثبتَ له عليه الولاءُ.

ولو باع عبدَ نفسِه، فله عليه الولاءُ علىٰ المذهب، وسواء اتفقَ دِينُهما، أو اختلفَ.

فلو أعتقَ مسلمٌ كافراً، أو عكسه، ثبتَ الولاءُ، وإنْ لم يتوارثا، كما تثبتُ عُلْقَةُ النكاح والنسب(٣) بينهما.

---

(١) في المطبوع: « عتق ».

(٢) الوَلاء: هو بفتح الواو والمد، لغةً: القرابة، مأخوذ من الموالاة، وهو المعاونة والمقاربة.

وشرعاً: عُصُوبَةٌ سببها زوال الملك عن الرقيق بالحرية، وهي متراخية عن عُصُوبة النسب، فيرث بها المعتقُ، ويلي أَمر النكاح، والصلاة عليه، ويعقلُ ذكور العصبة من بعده. انظر: (مغني المحتاج: ٤ / ٥٠٦)، و(النجم الوهَّاج: ١٠ / ٤٩٧ ـ ٤٩٨)، و(الموسوعة الفقهية: ٤٥ / ١١٩ ـ ١٢٠).

(٣) في المطبوع: « والنسف »، تحريف.



ثم الولاءُ مختَصٌّ بالإعتاقِ، فمن أسلمَ على يدَيه إنسانٌ، فلا ولاءَ له عليه.

ومن أعتقَ عن غيرِه بغيرِ إذنه، وقعَ العتقُ عن المعتقِ عنه، وله الولاءُ دون المعتقِ[١].

والولاءُ كالنسَبِ لا يجوزُ بيعُهُ، ولا هبتُهُ، ولا يورثُ، لٰكن يورَثُ به.

ولو أعتقَ عبداً على أَنْ لا وَلاءَ له عليه، أو على أَنْ يكونَ سائِبَةً، لَغَا الشرطُ، وثبتَ الولاءُ. وكذا لو شرط أَنَّ ولاءه لفلان أو للمسلمين، لَغَا، ولا ينتقلُ الولاءُ عنه، كما لا ينتقلُ النسَبُ، ولا يثبتُ الولاء بالموالاة والحلفِ، كما لا يثبتُ النسبُ بذٰلك.

وكما يثبتُ الولاءُ على المعتقِ، يثبتُ على أولاده وأحفادِه، وعلى عتيقِهِ، وعتيقِ عتيقِهِ، وكما يثبتُ للمعتقِ يثبتُ لمعتقِ الأبِ، وسائرِ الأصول، ولمعتقِ المعتقِ، وكما يثبتُ على ولَدِ العتيقِ، يثبتُ على ولدِ العتيقةِ، ويُستثنى من استرسالِ الوَلاءِ على أولادِ العتيقِ وأحفادِهِ موضعان.

أحدهما: إذا كان منهم مَنْ مسَّه رِقٌّ وأعتقَ، فولاؤُه لمعتِقه، فإن لم يكن، فلعَصَباتِ مُعْتقهِ، فإنْ لم يوجدوا، فالميراثُ لبيتِ المالِ، ولا ولاءَ عليه لمعتقِ الأُصولِ بحال؛ فإنَّه أعتقَ مباشرة، وولاءُ المباشرة أقوىٰ، وصورتُه: أَنْ تلدَ رقيقةٌ رقيقاً مِنْ رقيقٍ أو حُرٍّ، وأعتقَ الولدُ وأبواهُ أو أمه[٢].

الثاني: مَنْ أبوهُ حُرٌّ أصليٌّ لا وَلَاءَ عليه، وأُمُّهُ مُعْتقةٌ، هل يثبتُ عليه الولاءُ لموالي الأمِّ؟ فيه أوجه.

الصحيح: لا.

والثاني: نَعَمْ.

والثالث: إنْ كانت حريةُ الأبِ متيقَّنةً؛ بأن كان عربيّاً معلومَ النسَبِ، فلا، وإنْ

---

(١) نقلَ هٰذا النصَّ الدَّميريُّ في (النجم الوهَّاج: ١٠ / ٥٠٠)، وقال: «وهو سبق قلم، وعبارة الرافعيِّ [فتح العزيز: ١٣ / ٣٨٤]: من أعتق عن غيره بغير إذنه، وقع العتقُ عنه، وكان الولاءُ له دون المعتق عنه، خلافاً لمالكٍ، وهٰذا هو الصوابُ».

(٢) في (ظ): «وأمه»، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٣٨٧).

كانت مبنيّةً علىٰ ظاهرِ الدار، وأَنَّ الأصلَ في الناس الحريةُ، فَنَعَمْ؛ لضعفِ حريَّة الأبِ.

ولو كانَ الأبُ معتقاً، والأمُّ حُرَّة أصليَّة، فالصحيحُ ثبوتُ الولاءِ عليه لموالي الأبِ؛ لأنه ينسبُ إليه. وقيل: لا وَلاء عليه؛ تغليباً للحرِّية، كعكسِه.

ومَنْ[1] أُمُّهُ حُرَّةٌ أصليَّةٌ، وأبوهُ رقيقٌ، لا وَلاءَ عليه لأحَدٍ، فإنْ أعتقَ الأب، فهل يثبتُ عليه لموالي الأبِ؟

قال الشيخ أبو عليٍّ[2]: فيه جوابان، سمعتُهما من شيخي[3] في وقتين، وهما محتملان [١٣٢٩ / أ]:

أحدهما: نَعَمْ؛ لثبوته علىٰ الأبِ، وإنما لم يثبُتْ أَوَّلاً؛ لِرقِّهِ.

والثاني: لا؛ لأنه لم يثبُتْ ابتداءً، فلا يثبتُ بعدَه، كما لو كان أبواهُ حُرَّين.

فَرْعٌ: مَنْ مسَّه رِقٌّ وعَتَقَ، فلا ولاءَ عليه لمعتقِ أبيهِ وأُمِّهِ وسائِرِ أُصولِهِ كما سبقَ، سواءٌ وجِدوا في الحال، أم لا، فالمباشر إعتاقهُ وَلاؤُهُ لمعتقِهِ، ثم لعصَبته، فأمَّا إذا كان حُرّ الأصل، وأبواهُ عتيقَين، أو أبوهُ عَتِيق، فولاؤُه لمولىٰ أبيه.

وإنْ كان الأبُ رقيقاً، والأمّ مُعتقة، فالولاءُ لمعتِقها، فإنْ مات والأبُ رقيقٌ بَعْدُ وَرِثَهُ معتقُ الأمِّ.

وإنْ أعتقَ الأب في حياة الولد، انْجَرَّ[4] الولاءُ مِنْ مولىٰ الأم إلىٰ مولىٰ الأب.

ولو ماتَ الأبُ رقيقاً، وعَتَقَ الجَدّ، انْجَرَّ مِنْ موالي الأمِّ إلىٰ موالي[5] الجَدِّ.

ولو عَتَقَ الجَدُّ، والأبُ رقيقٌ، ففي انْجرارِهِ إلىٰ موالي[6] الجَدِّ وجهان.

---

(١) في (ظ)، والمطبوع زيادة: « له »، إقحام ناسخ.

(٢) **الشيخ أبو عليٍّ:** هو السِّنْجيُّ، الحُسَين بن شُعَيب.

(٣) تفقَّه الشيخ أبو عليٍّ السِّنْجيُّ علىٰ شيخيه: الإمام أبي حامد الإسْفِرَاييني، شيخ العراقيين، والإمام أبي بكر القفَّال المروزي شيخ الخراسانيين، فأيهما المراد هنا؟

(٤) في المطبوع: « الخبر ».

(٥) في (أ، ظ): « مولىٰ ».

(٦) في (أ): « مولىٰ ».

أصحُّهما: يَنْجَرُّ، فإِنْ أعتقَ الأب بعد ذٰلك، انجَرَّ مِنْ مولىٰ الجَدِّ إلىٰ مولىٰ الأبِ.

والثاني: لا يَنْجَرُّ، فعلىٰ هٰذا: لو مات الأبُ بعد عتقِ الجَدِّ، ففي انْجرارِهِ إلىٰ موالي الجَدِّ وجهانِ.

أصحُّهما عند الشيخ أبي عليٍّ: لا ينجَرُّ.

وقطع البغويُّ بالانجرارِ.

قلتُ: الانجرارُ أَقْوىٰ. **واللهُ أعلمُ.**

وإذا ثبتَ الوَلاءُ لموالي الأمِّ لِرِقِّ الأبِ، فاشترىٰ الولدُ أباه، ثبتَ له الولاءُ عليه، وعلىٰ إخوته وأخواته الذين هم أولادُ الأب، وهل يجرُّ ولاء نفسِه مِنْ مولىٰ الأُمِّ ؟ وجهان.

الأصح المنصوصُ: لا؛ لأنه لا يمكنُ أَنْ يكون له علىٰ نفسِه وَلاء، ولهٰذا لو اشترىٰ العبدُ نفسَه، عَتَقَ، وكان الولاءُ عليه لبائِعِهِ، وكذا المكاتَبُ إذا عَتَقَ بالأداءِ، وإذا تعذَّر الجَرُّ، بقيَ الولاءُ موضِعَهُ.

والثاني: يَنْجَرُّ، ويسقطُ، ويصيرُ كَحُرٍّ لا وَلاءَ عليه.

ولو خلقَ إنسان حُرّاً [١] مِنْ حُرَّيْنِ، وكان في أجدادِهِ رقيقٌ [٢]. ويتصوَّر ذٰلك في نكاح الغُرور، وفي الوطءِ بشُبْهة إذا أعتقَتْ أُمّ أُمهِ، ثبتَ الولاءُ عليه لمعتِقِ أُمِّ الأُمِّ، فإذا أعتقَ أبو أُمهِ بعد ذٰلك، انجرَّ الولاءُ إلىٰ مولاهُ، فإذا أعتقتْ أُمّ الأب بعد ذٰلك، انجرَّ الولاءُ مِنْ مولىٰ أبي الأمِّ إلىٰ مولىٰ أُمِّ الأبِ، فإذا أعتقَ أبو أبيه بعد ذٰلك، انجرَّ إلىٰ مولاهُ.

ولو كانتِ المسألةُ بحالها لٰكن أبوهُ رقيقٌ، فأعتقَ الأب بعد عِتْقِ هٰؤلاء، انجرَّ إلىٰ مولاهُ، واستقرَّ عليه، ودليلُهُ أَنَّ جهة الأبوَّة أقوىٰ. وحيثُ أثبتْنا الولاءَ لمولىٰ الأم، فماتَ الولدُ، أخذَ ميراثه، فإِنْ عَتَقَ بعد ذٰلك، لم يستردَّه مولاه؛ بل الاعتبارُ

---

(١) في (ظ)، والمطبوع: « حُرٌّ »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٣٩١).

(٢) في المطبوع: « وكان في أحد أجداده رقيق ». وفي (أ): « وكان أجداده أرقاء »، ما في (أ) موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٣٩١).

بحال الموتِ، وليس معنىٰ الانجرار أَنْ يحكم بأنَّ الولاء لم يزلْ في جانب الأبِ؛ بل معناه أنه ينقطعُ من وقتِ عتقِ الأبِ عن مولىٰ الأمِّ، وإذا انجرَّ إلىٰ موالي الأب، فلم يبقَ منهم أحدٌ، لم يَعُدْ إلىٰ موالي الأمِّ؛ بل يكونُ الميراثُ لبيتِ المالِ، وكذا إذا ثبتَ الولاء لموالي الأبِ فهلكوا، لم يَصِرْ لموالي الجَدِّ، حتَّىٰ لو مات مَنِ انتقلَ ولاؤه مِنْ موالي أبيه إلىٰ موالي جَدِّه حينئذ، فميراثُهُ لبيتِ المالِ.

فَرْعٌ: أعتقَ أمتَهُ المزوَّجة بعتيقٍ، فولدَتْ لأقلَّ من ستة أشهرٍ من يوم الإعتاق، فولاءُ الولد لمعتِقِ الأمِّ، لا لمعتِقِ الأبِ؛ لأنَّا تيقنَّا وجودَه يوم الإعتاق، فمعتقُهُ باشَرَ إعتاقَه بإعتاقِها، وولاء المباشرة مقدَّمٌ.

وإنْ ولدت لستةِ أشهرٍ فصاعداً، فإن كانَ الزوجُ يفترشُها، فولاؤُه لمعتِقِ الأبِ؛ [١٣٢٩ / ب] لأنَّا لا نعلمُ وجودَه يومَ الإعتاق، والأصلُ عدمُهُ، والافتراشُ سببٌ ظاهِر للحدوث.

وإنْ كان لا يفترشُها، وولدت لأربعِ سنينَ من الإعتاقِ، فكذٰلك[(١)].

وإنْ ولدَتْ لأقلَّ من أربعِ سنينَ، فقولانِ. أظهرُهما: لمعتِقِ الأمِّ.

ولو أعتقَ المزوَّجة برقيق، فولدَتْ لدونِ ستةِ أشهرٍ من الإعتاق، فولاؤُه لمعتِقِ الأمِّ بالمباشَرة، فإنْ أعتقَ الأب[(٢)]، لم ينجرَّ الولاءُ إلىٰ معتِقِ الأبِ مِنْ معتِقِ الأمِّ؛ لأنه أعتقَهُ مباشرةً.

وإن ولدَتْهُ لستةِ أشهرٍ فصاعداً، قال البغويُّ: إنْ لم يفارِقْها الزوجُ، فولاؤه لمولىٰ الأُمِّ، فإذا أعتقَ الأب، انْجَرَّ إلىٰ مولاهُ.

وإنْ كان فارَقها، فإنْ ولدَتْ لأكثرَ من أربعِ سنينَ من يوم الفراقِ، فالولدُ منفيٌّ عن الزوج، وولاؤه لمعتِقِ الأمِّ أبداً.

وإنْ ولدته لأربع سنينَ، لحقَ الزوج، وولاؤُه لمعتِقِ الأم، فإذا أعتقَ الأب، ففي الانجرارِ إلىٰ مولاهُ قولانِ.

ولو نفىٰ الزوجُ المعتقُ ولدَ زوجته المعتقَة بلعانٍ، فالولاء في الظاهرِ لمولىٰ

(١) في المطبوع: « فذٰلك ».
(٢) في (ظ)، والمطبوع: « فإن أعتق الأب الأب »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٣٩٢).



الأمِّ، فإنْ كذَّب المُلاَعِنُ نفسَه، لحقَهُ الولدُ وحكَمْنا بأنَّ الولاءَ لمولاهُ.

فإنْ كان الولدُ قد ماتَ بعد اللِّعَان، ودفَعْنا الميراثَ إلىٰ مولىٰ الأمِّ، استردَدْناه منه بعد الاستلحاقِ؛ لأنَّا تبيَّنَّا أنه لم يكن ولاء.

ولو غُرَّ بحرّية أمَةٍ، فنكَحَها، وأولدَها علىٰ ظنِّ أنها حُرَّةٌ، ثم علمَ أنها أَمَةٌ، فأولدَها ولداً آخَرَ، فالولدُ الأولُ حُرٌّ، والثاني رَقيقٌ.

فلو أعتقَ السيدُ الأَمَة، والولد الثاني، ثم عَتَقَ الأَبُ، انجرَّ ولاء الولدِ الأولِ إلىٰ معتِقِ الأبِ، ولم ينجرَّ إليه ولاءُ الثاني؛ لأنه عَتَقَ بالمباشرة.

ولو نكحها عالماً بأنها أَمَةٌ، وأَوْلَدَها، ثم عَتَقَتْ، وأَولدها ولداً آخَرَ، فالثاني حُرٌّ، وولاؤه لمعتِقِ الأبِ، والأولُ مملوكٌ، وولاؤه لمعتِـقِهِ.

الطرفُ الثَّاني: في حُكم الولاء، وهو إحدىٰ جهات العُصُوبة، ومن يرثُ به، لا يرثُ إلَّا بالعُصُوبة، ويتعلَّق به ثلاثةُ أحكامٍ.

الإرث.

وولاية التزويج.

وتحمُّل الديَةِ، وقد ذكرناها في مواضعها.

قلتُ: ورابعٌ، وهو التقدُّمُ في صلاة الجَنَازة، **والله أعلمُ**(١).

فإذا مات العتيقُ، ولا وارثَ له بنسَبٍ، ولا نكاحٍ، ورثَ معتِقه جميعَ ماله.

وإن كان له من يرثُ بالفَرْضيَّة، وفَضَلَ منه شيء، أخذَه المعتِقُ، فإن لم يكنِ المعتِقُ حيّاً، ورثَ بولاية أقرب عَصَباتِهِ، ولا يرثُ أصحاب فُروضِهِ، ولا من يتعصَّبُ بغيره.

فإنْ لم نجدْ للمعتِقَ عَصَبَةً بالنسَب، فالميراثُ لمعتِقِ المعتِقِ، فإن لم نجدْهُ، فلعصباتِ معتِقِ المعتِقِ، فإن لم نجدْهُم، فلمعتِقِ معتِقِ المعتِقِ، ثم لعصَبَته، ولا ميراث لمعتِقِ عصباتِ المعتِق إلَّا لمعتِقِ أبيه، أو جَدِّه.

وللأصحاب عبارةٌ ضابطةٌ لمن يرثُ بولاء المعتِقِ إذا لم يكن المعتِقُ حيّاً،

---

(١) قوله: « والله أعلمُ » ساقط من المطبوع.

قالوا: هو ذَكَرٌ يكونُ عَصَبة للمعتقِ[1] لو مات المعتقُ يومَ موتِ العتيقِ بصفةِ العتيق. وخَرَّجوا عليها مسائِلَ.

منها: إذا ماتَ العتيقُ، وللمعتِقِ ابنٌ وبنتٌ، أو أبٌ وأمٌّ، أو أخٌ وأختٌ، فالميراثُ للذكَرِ دون الأنثىٰ، ولا يرثُ النساء بولاءِ الغير أصلاً، لٰكن إنْ باشرتِ المرأةُ إعتاقاً، أو عَتَقَ عليها مملوكٌ، فلها عليه الولاءُ، كما للرجُل؛ لقوله صلىٰ ٱلله [١٣٣٠/أ] عليه وسلم: « **إنَّما الوَلاءُ لمَنْ أعْتَقَ** »[2].

وكما[3] يثبتُ لها الولاءُ علىٰ عتيقها يثبتُ علىٰ أولادِهِ وأحفادِه وعتيقه كالرجل.

ومنها: لو أعتقَ عبداً، ومات عن ابنَين، فولاءُ العتيقِ لهما، [فإنْ][4] مات[5] أحدُهما وخلَّف ابناً، فولاءُ العتيقِ لابنِ المعتِقِ، دونَ ابْنِ ابنِهِ، وهٰذه الصورةُ ونحوُها معنىٰ ما روي عن عُمَرَ، وعثمَانَ، رضي اللهُ عنهما: أَنَّ الوَلاءَ لِلْكُبْرِ[6]، بضمِّ الكاف، أَي: الكبير في الدرجةِ والقُرْبِ، دون السِّنِّ[7].

ولو ماتَ المعتقُ عن ثلاثة بنينَ، ثم مات أحدُهم عن ابنٍ، وآخَر عن أربعةٍ، والآخَر عن خمسة، فالوَلاء بين العَشَرَةِ بالسويَّة، فإذا مات العتيقُ، وَرِثُوه أَعْشاراً؛ لأنه لو ماتَ المعتقُ يومئذ وَرِثوه كذٰلك.

---

(١) في المطبوع: « المعتق »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٣٩٤).

(٢) أخرجه (البخاري: ٢١٦٨)، و(مسلم: ١٥٠٤) من حديث السيدة عائشة.

(٣) في المطبوع: « كما » بدون « الواو ».

(٤) ما بين حاصرتين ساقط من (ظ)، والمطبوع.

(٥) في (ظ) والمطبوع: « فمات ».

(٦) حديث عُمر وعثمان أنَّ الولاء للكُبْرِ، رواهما البيهقي في (السنن الكبرىٰ: ١٠ / ٣٠٣) من طريق سعيد بن المسيّب، عنهما.

ورواه عبد الرزاق في (المصنف: ٩ / ٣٠)، والدَّارمِي في (سننه برقم: ٣٠٧٠) من طريق إبراهيم: أنَّ عمرَ، وعليّاً، وزيد بن ثابت، كانوا يجعلون الولاء للكُبْرِ.

ورواه (الدَّارمي: برقم ٣٠٦٥)، و(البيهقي: ١٠ / ٣٠٣) من طريق يزيد بن هارون، حدثنا أشعث بن سوار، عن الشعبي عن عمر، وعليٍّ، وزيد بن ثابت. قال: وأحسبه ذكر عبد الله رضي الله عنه يقولون: الولاء للكُبْرِ.

وانظر: (سنن الدارمي: ٣٠٦٦، ٣٠٦٨، ٣٠٧٤) بتحقيق شيخنا العلاَّمة حسين أسد الداراني، و(التلخيص الحبير: ٤ / ٢١٥).

(٧) جاء في (سنن الدارمي: ٤ / ١٩٦٦): « يعنونَ بالكُبْرِ: ما كانَ أقربَ بأبٍ أو أُمٍّ ».

ولو أعتقَ عبداً، ومات عن أخٍ من أبوَين، وأخٍ من أبٍ، فولاءُ عتيقه للأخِ من الأبوَين على المذهب، كما سبقَ. فلو مات الأخُ من الأبوَين، وخلَّف ابناً، والأخ الآخَر، فولاء العتيقِ للأخ؛ لأن المعتقَ لو مات الآن كان عَصَبَته[١] الأخ[٢] من الأب، دونَ ابنِ الأخِ من الأبوَين.

ومنها: أعتقَ مسلمٌ عبداً كافراً، وماتَ عن ابنَين: مسلمٍ وكافرٍ، ثم ماتَ العتيقُ، فميراثُهُ للابن الكافر؛ لأنه الذي يرثُ المعتق بصفةِ الكُفر.

ولو أسلمَ العتيقُ، ثم ماتَ، فميراثُهُ للابن المسلمِ.

ولو أسلمَ الابنُ الكافر، ثم ماتَ العتيقُ مسلماً، فالميراثُ بينهما.

فَرْعٌ: الذين يرثونَ بولاءِ المعتقِ من عَصَبَاته، يترتَّبون ترتُّبَ عَصَباتِ النسب، إلاَّ في مسائلَ، سبقَتْ في « الفرائض »:

منها: أخُ المعتقِ وجدُّه، إذا اجتمعا، هل يتساويانِ، كالإرث، أم يقدّم الأخ؟ قولان.

أظهرهما: الثاني، فيقدّم ابن الأخ أيضاً.

ويقدّم الأخ من الأبوَين على الأخ من الأب على المذهب. وقيل: قولان.

ولو كان له أَبناء عَمٍّ، أحدُهما أخٌ لأمٍّ، قدّم على المذهب.

فَرْعٌ: الانتسابُ في الوَلاء، قد يكونُ بمحْضِ الإعتاقِ، كمُعتقِ المعتقِ، ومُعتقِ مُعتقِ المعتقِ، وقد يتركَّبُ من الإعتاقِ والنسَبِ، كمعتقِ الأبِ، وأبي المعتقِ، ومعتق أبي المعتقِ، فإذا[٣] تركّب الانتساب، فقد يشتبه حكمِ الولاءِ ويغالط به؛ بأن يُقال[٤]: اجتمع أبو المعتقِ ومعتق الأبِ، فأيُّهما أَوْلىٰ؟ وجوابُهُ أنه إذا كان للميتِ أبو المعتق[٥]، كان له معتق، وحينئذ فلا ولاءَ لمعتقِ أبيهِ أصلاً، كما سبقَ، فلا معنىٰ

(١) في المطبوع: « عصبة »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٣٩٥).
(٢) في (فتح العزيز: ١٣ / ٣٩٥): « للأخ ».
(٣) في المطبوع: « فإنْ ».
(٤) في المطبوع: « قال ».
(٥) في (ظ، أ): « أبو معتق »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٣٩٦).

لمقابلة أحدِهما بالآخَرِ وطلبِ الأولويَّةِ. ولو اجتمعَ معتقُ أبي المعتق، ومعتق المعتقِ، فالولاءُ لمعتقِ المعتقِ؛ لأن ولاءه بجهة المباشرَةِ.

فَرْعٌ: اشترتْ امرأةٌ أباها، فَعَتَقَ، ثم أعتقَ الأبُ عبداً، ومات عتيقُه بعد موته، نُظِرَ:

إنْ لم يكن للأب عَصَبَةٌ بالنسَبِ، فميراثُ العتيقِ للبنت، لا لكونها بنت المعتقِ؛ بل لأنها معتقةُ المعتقِ.

وإنْ كان له عَصَبَةٌ، كأخٍ، وابنِ عَمٍّ قريبٍ أو بعيدٍ، فميراثُ العتيقِ له؛ لأنه عَصَبَةُ المعتقِ بالنسَبِ، ولا شيء للبنتِ؛ لأنها معتقةُ المعتقِ، فتتأخَّر عن عَصَبَةِ النسَبِ.

قال الشيخ أبو عليٍّ: وسمعت[1] بعض [الناس] يقول: أخطأ في هذه المسألة أربع مئةِ قاضٍ؛ لأنهم رأَوها أقربَ.

ولو اشترىٰ أخٌ وأختٌ أباهما، فَعَتَقَ عليهما، ثم أعتقَ عبداً، ومات العتيقُ بعد موتِ [١٣٣٠ / ب] الأبِ، وخلّف الأخ والأخت، فميراثُهُ للأخِ، دون الأختِ؛ لأنه عَصَبَةُ المعتقِ بالنسب؛ بل لو كان الأخُ قد مات قبلَ موت الأبِ، وخلَّفَ ابناً أوْ ابن ابن[2] أو كانَ للأبِ [ابنُ] عَمٍّ بعيدٌ، فهو أولىٰ من البنت.

ولو مات هٰذا الأخُ بعد موت الأبِ، ولم يخلِّف[3] إلاَّ أختَهُ، فلها نصفُ الإرثِ بالأخوَّة، ونصف الباقي؛ لأنَّ لها نصفَ ولاءِ الأخ؛ لإعتاقها نصفَ أبيه، فلها ثلاثةُ أرباعِ المالِ.

ولو مات الأبُ، ثم الابنُ، ثم العتيقُ، ولم يخلّفْ إلاّ البنت، فلها ثلاثةُ أرباعِ الميراثِ أيضاً: النصفُ؛ لأنها معتقة نصف المعتقِ، ونصف الباقي؛ لولاءِ السِّرَاية علىٰ نصفِ الأخِ بإعتاقِها نِصْف أبيه، فهي معتقة نصف أبي معتقِ معتقِه. والربُعُ الباقي في الصورتين لبيتِ المالِ.

ولو مات الأبُ، ولم يخلّفْ إلاَّ البنت، فقال الغزاليُّ في « الوجيز »: لها

(١) في (أ)، والمطبوع: « سمعتُ » بدون « الواو ».
(٢) في المطبوع: « وابن ابنٍ »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٣٩٧).
(٣) في المطبوع: « يخلفه ».

النصفُ بالبُنُوَّة، ونصف الباقي لولائِها علىٰ نصف الأب، ولم تُذكَرْ الصورة في « الوسيط »، ولا في « النهاية »، ومفهومُه انحصارُ حقِّها في النصفِ والربُعِ، وكلام الأصحابِ منهم الشيخُ أبو عليٍّ، وأبو خَلَفِ السَّلْمِيُّ[(١)]، في صورة أخرىٰ، ينازع في هٰذا؛ فإنهم قالوا: لو اشترت أختانِ أباهما بالسويَّة، فَعَتَقَ عليهما، ثم ماتَ الأبُ، فلهما الثلثانِ، والباقي بالولاءِ.

ولو ماتت إحداهما بعد موتِ الأبِ، فللأخرىٰ النصفُ بالأخوَّة، ونصف الباقي بولائِها علىٰ نصفِ الأختِ، بإعتاقِها نصف أبيها.

وأمَّا الربُعُ، فأطلقَ البغويُّ أنه لبيت المال، وليحملْ ذٰلك علىٰ ما إذا كانت أمُّهما[(٢)] حرَّة أصليَّة، فأما إذا كانت معتقةً، فلموالي[(٣)] الأمِّ ولاء الأختَين، فإذا أعتقْنا الأب، جَرَّتْ كُلُّ واحدةٍ نصفَ ولاءِ أختها إلىٰ نفسها، وهل تجرُّ وَلاء نفسها وتسقطُ، أم يبقىٰ لموالي الأمِّ ؟ فيه خلاف سبقَ.

فإن قلنا: يَبقَىٰ، وهو الأصحُّ[(٤)]، فالربُعُ الباقي لموالي الأُمِّ.

وإنْ قلنا: يجرُّ ويسقطُ، فهو لبيتِ المالِ.

ولو ماتت إحدىٰ الأختَين، ثم مات الأبُ، وخلّفَ[(٥)] الأخرىٰ، فلها سَبْعةُ أثمانِ مالِهِ: النصفُ[(٦)] بالبُنُوَّة، والربُعُ؛ لأنها مُعتقة نصفه، ونصفُ الربُع الباقي؛ لأنَّ لها نصفَ ولاءِ الأختِ بإعتاقها نصفَ أبيها، والثّمُنُ الباقي لموالي الأم إنْ كانَتْ مُعتقة علىٰ الأصحِّ؛ لأنَّ نصفَ ولاءِ الميتة يبقىٰ لهم[(٧)].

وإن قلنا: لا يبقىٰ، فهو لبيتِ المال، وهٰذه الصورةُ كالصورةِ التي ذكرها الغزاليُّ.

---

(١) هو محمد بن عبد الملك بن خلف السَّلْميُّ، نسبةً إلىٰ جَدٍّ له اسمه: سَلْم، بفتح فسكون، أو إلىٰ محلة « باب سَلْم ».

(٢) في المطبوع: « أمها »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٣٩٨).

(٣) في (ظ): « فلمولىٰ ».

(٤) في المطبوع: « تبقىٰ هي، وهو الأصح ».

(٥) في المطبوع: « وخلفت ».

(٦) في المطبوع: « والنصف ».

(٧) في المطبوع: « لها »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٣٩٨).

ولو اشترتَا الأبَ، وعَتَقَ عليهما، ثم أعتقَ عبداً، وماتَ العتيقُ بعد موته، وخلَّفَ البنتين، فجميعُ المال لهما؛ لأنهما مُعْتِقتا مُعْتِقه.

فَرْعٌ: أختانِ، أو أخوانِ ليس عليهما وَلاء مباشرة[1]، اشترت إحداهُما أباهُما، فَعَتَقَ عليها، والأُخرىٰ أُمَّهُما، فَعَتَقَتْ عليها.

وتتصوَّرُ المسألة: فيما لو غرَّ عبدٌ بحرِّية أَمَةٍ فنكَحها وأولدَها ولدَين، وفيما لو كانوا كفَّاراً، فأسلمَ الولدَانِ، واسْتَرْقَقْنا الأبَوين، فولاءُ الأبِ للتي اشترتْهُ.

فأمَّا إذا مات عنهما، فلهما الثلثانِ بالبنوَّة، والباقي لها بالوَلاءِ، وولاءُ الأم للتي اشترَتْها، فإذا ماتت عنهما، فلهما الثلثانِ، والباقي لها بالولاءِ، ولمشتريةِ الأبِ الولاءُ علىٰ مُشْترية الأمِّ، فإذا ماتت مُشْتريةُ الأم، وخلفت[2] مُشْترية الأب، فلها النصفُ بالأخوَّة [١٣٣١ / أ]، والباقي بالولاء، وهل لمشتريةِ الأمِّ الولاءُ علىٰ مُشْتريةِ الأبِ؟ فيه الوجهان فيمَنْ عليه ولاءٌ لمولىٰ أُمه إذا اشترىٰ أباه، هل يبقىٰ الولاءُ لموالي أُمهِ، أم يسقطُ؟

فإنْ قلنا بالأصحِّ: إنه يبقىٰ، فلمُشْتريةِ الأمِّ الولاءُ علىٰ مُشْتريةِ الأبِ، فإذا ماتت، فالحكمُ كما في الطرَفِ الآخَر.

وإن قلنا: يسقطُ، فلا ولاءَ لها علىٰ مشتريةِ الأبِ، وإذا ماتت، فلها النصفُ بالأُخوّة[3]، والباقي لبيت المال.

ولو اشترَتا أباهُما، ثم اشترَتْ إحداهُما والأب أبَا الأبِ، وعَتَقَ عليهما، ثم ماتَ الأبُ، فللبنتَين الثلثانِ، والباقي لأبيه، فإن مات الجدُّ بعدَه، فللبنتَين الثلثانِ بالبنوَّة، والباقي نصفُه للتي اشترتْهُ مع الأبِ، ونصفُهُ الآخَرُ بينهما؛ لإعتاقهما معتقَ نصفه.

ولو ماتت إحداهما بعد ذٰلك، وخلفت الأخرىٰ، فعلىٰ ما سبقَ.

---

(١) في المطبوع: « مباشر »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٣٩٨).
(٢) في (أ): « وخلف ».
(٣) في (أ)، والمطبوع: « بالبنوَّة »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٣٩٩).

ولو اشترتا أُمَّهما، ثم الأمُّ أباهُما، وأعتقَتْهُ[١]، فلهما عليها الولاءُ، ولها عليهما، لأَنَّها [٢] مُعتقةُ أَبيهما، فإنْ ماتت، فلهما الثلثانِ بالبُنُوَّةِ، والباقي بالوَلاءِ، فإن ماتَ الأبُ بعد ذٰلك، فلهما الثلثانِ بالبنوَّة، والباقي بالولاءِ؛ لأنهما مُعتقتا مُعتقه، فإنْ ماتت إحداهُما بعد ذٰلك، فللأخرىٰ النصفُ بالأخوَّة، ونصفُ الباقي؛ لإعتاقِها نصفَ معتقِ أبيها، والباقي لبيتِ المالِ.

ولو اشترتا أباهما، ثم اشترَتْ إحداهُما والأب أخاهما للأبِ، فَعَتَقَ نصفُهُ علىٰ الأبِ، وهو معسِر، فأعتقتِ المشترية باقيه، فماتَ الأبُ، ورثه أولادُهُ الثلاثة، فإنْ مات الأخُ بعده، فلهما الثلثانِ بالأخوَّة، والباقي: نصفُهُ للمشترية[٣]، وباقيه بين البنتين؛ لأنهما مُعتقتا الأب الذي هو معتقُ نصف الأخ، فالقسمةُ من اثني عَشَرَ: لمشترية الأخ سَبعةٌ، والأخرىٰ خمسةٌ.

ولو ماتت التي لم تشترِ الأخَ أوَّلاً، ثم ماتَ الأبُ، ثم الأخُ، فمالُ الميتةِ أوَّلاً لأبيها[٤]، ومالُ الأبِ لابنِهِ وبنتِهِ أثلاثاً، ومالُ الأخِ نصفُهُ للأختِ الباقية بالنسَبِ، ونصفُ باقيه لها بإعتاقِها نصفه، والباقي، وهو الربُعُ لمعْتقَتَي الأبِ، فلهٰذه نصفُه، ونصفُهُ للميتةِ، فيكون لمواليها، وهم هٰذه الأُخت، وموالي الأُمِّ إنْ كانت الأمُّ معتقةً، فيكون بينهما نصفَين، فإن لم يكن للأمِّ مولًى، فلبيتِ المالِ.

فَرْعٌ: أُختان لا وَلاءَ عليهما، اشترَتا أُمَّهما، فَعَتَقَتْ، ثم اشتريتِ الأمُّ وأجنبيٌّ أَباهما، وأعتقاهُ، فللأُختَين الولاءُ علىٰ أمِّهما، ولها وللأجنبي علىٰ الأب، وعليهما.

فإنْ ماتتِ الأمُّ، ثم الأبُ، ثم إحداهما، فأمَّا الأمُّ، فمَالُها لهما: ثلثاهُ بالبنوَّة، وباقيه بالوَلاء، وأمَّا الأبُ، فلهما ثُلُثا مالِهِ بالبنوَّة، وباقيهِ: للأجنبيِّ نصفُهُ، ولهما نصفُهُ؛ لأنهما مُعْتِقتا معتقة[٥] نصفه.

وأمَّا الأختُ، فالنصفُ من مالها للأخرىٰ بالأخوَّة، ونصفُ الباقي للأجنبيِّ؛

---

(١) في (ظ) « وأَعتقت ».
(٢) في (أ، س): « لأنه ».
(٣) في المطبوع: « للمشتري ».
(٤) في (ظ): « لأبيهما »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز / ١٣ / ٣٩٩).
(٥) في المطبوع: « معتقه ».

لأنه أعتقَ نصفَ أبيها، والربُعُ الباقي كان للأمِّ، وهي ميتةٌ، فيكون للأختَين؛ لأنهما مُعْتِقَتاها، فللأختِ الباقية نصفُهُ، وهو الثمُنُ، ويرجعُ الثمُنُ الذي هو حِصَّةُ الميتةِ إلىٰ مَنْ له ولاؤُها، وهو الأجنبيُّ، والأمُّ، ونَصيبُ الأمِّ يرجعُ إلىٰ الحيَّةِ والميتة، وحِصَّةُ الميتة إلىٰ الأجنبيِّ، والأمّ، هٰكذا يدور ولا[1] ينقطع؛ ولذٰلك سُمِّي: سَهْمَ الدَّوْرِ. وفيما يفعلُ به؟ وجهانِ.

قال ابْنُ الحَدَّادِ: يجعلُ في بيتِ المالِ؛ لأنه لا يمكنُ صَرْفُهُ بنَسَبٍ، ولا وَلاءٍ.

والثاني: يقطعُ السهم الدائِر، وهو [١٣٣١ / ب] الثمُنُ، ويجعلُ كأن لم يكُنْ، ويقسمُ المالُ علىٰ باقي السهام، وهو سبعَةٌ؛ خمسةٌ للأختِ الباقية، وسهمانِ للأجنبيِّ، وَزَيَّفَ الإمامُ[2] الوجهَين، وقال: الوجهُ أن يفردَ النصفُ، ولا يدخله في حسابِ الوَلاء، وينظر في النصفِ المستحقِّ بالولاء، فنجد[3] نصفَه للأُمِّ، ونصفَه للأجنبيِّ، ومالُ الأمِّ يصيرُ للأُختَين، ثم نصيبُ إحداهُما: نصفُهُ للأمِّ، ونصفُه للأجنبيِّ، ونصيبُ الأمِّ للأختَين، فَحَصَلَ أَنَّ للأجنبيِّ ضِعْفَ ما للأُختِ، فيجعلُ المال ستة: للأخت نصفُها بالنسَبِ، ويبقىٰ ثلاثةٌ: للأجنبيِّ سهمانِ، وللأختِ سهمٌ، فحصَلَ[4] له الثلثُ، ولها الثلثانِ من الجملة، وبهٰذا قطع الغزاليُّ.

ونقل أبو خَلَفٍ الطبريُّ[5] عَنْ[6] أكثرِ الأصحاب: أَنَّ سَهْمَ الدَّورِ لبيتِ المالِ، كما قال ابْنُ الحدَّاد[7]، وإليه يميلُ كلامُ ابْنِ اللَّبَّانِ[8].

أَمَّا إذا ماتَتْ إحدىٰ الأُختين أوّلاً، ثم الأُمُّ، فمالُ الأختِ لأَبويها، ومالُ الأم للبنتِ؛ نصفُهُ بالبنوَّة، ولها نصفُ الباقي؛ لإعتاقِها نصف الأم، ونصفُهُ الباقي للأب؛ لأنه عَصَبَة مُعتقة النصف.

---

(١) في المطبوع: « فلا ».
(٢) انظر: (نهاية المطلب: ١٩ / ٣٠٤ ـ ٣٠٥).
(٣) في المطبوع: « فيحد »، المثبت موافق لما في (نهاية المطلب: ١٩ / ٣٠٥).
(٤) في المطبوع: « فجعل ».
(٥) هو أبو خلف السَّلْميُّ، محمد بن عبد الملك بن خَلَف.
(٦) في (ظ، أ): « أَنَّ ».
(٧) هو أبو بكر بن الحدَّاد، محمد بن أحمد.
(٨) هو أبو الحسين، محمد بن عبد الله البصري، المعروف بابن اللَّبَّان.

قال الشيخ أبو عليٍّ: وفي مثل هٰذه المسائل لا يورثُ بالزوجيَّة إلَّا أَنْ يشترطَ السائل في السؤال بقاء الزوجيَّة.

أمَّا إذا ماتَ الأبُ أوَّلاً، ثم إحدىٰ الأُختين، ثم الأمُّ، فمالُ الأبِ: ثُلثاهُ للبنتين بالأبوَّة، وباقيه بين الأمِّ والأجنبي، ومالُ الأختِ: للأمِّ ثُلثُه، وللأختِ نصفُه، والباقي بين الأُم والأجنبيِّ؛ لأنهما مُعْتِقتا أبيهما، ومالُ الأمِّ نصفُهُ للبنتِ الباقية بالبنوَّة، ولها من النصفِ الباقي نصفُهُ؛ لأنها أعتقَتْ نصفها، ونصفُهُ الباقي حِصَّة البنتِ الميتة، فيكونَ لمواليها، وهم الأجنبيُّ والأمُّ، فللأجنبيِّ نصفُهُ، وهو الثمُنُ، ويبقىٰ ثُمُنٌ يرجعُ إلىٰ الأختين؛ لإعتاقِهما الأمَّ، وهو سَهْمُ دَوْرٍ، وفيه الخلافُ السابق.

أمَّا إذا ماتت البنتانِ أوَّلاً، فمالُهما لأبويهما، فإنْ مات الأبُ بعدَهما، فمالُه للأمِّ والأجنبيِّ، فإن ماتت الأمُّ بعده، فنصفُ مالها للأجنبيِّ؛ لأنه معتِق نصفَ أبي معتقها، والباقي لبيتِ المالِ.

واعلم: أَنَّ الفَرَضِيِّين قالوا: إنما يحصلُ الدَّورُ في الوَلاء بثلاثة شروط.

أن يكونَ للمعتق[1] ابنان[2] فصاعداً.

وأنْ يكونَ قد مات منهم اثنانِ فصاعداً.

وأن لا يكونَ الباقي [منهم] حائزاً لمال [الميت]، فإنِ اخْتَلَّ أحدُ هٰذه الشروط، فلا دَوْرَ.

فَصْلٌ: في مسائلَ مَنثورةٍ تتعلَّق بكتابِ العتْقِ، من الولاءِ، وغيرِهِ:

شخصانِ، كُلٌّ منهما مولىٰ صاحبه مِنْ فوقُ ومن أسفلَ؛ بأن أعتقَ عبداً، فأعتقَ أَبا المعتقِ.

أختان لأبوينِ، أعتقهما رجلٌ، فاشترتَا أباهما، فلكلٍّ منهما نصفُ ولاءِ أبيها، ولا وَلاءَ لإحداهما[3] علىٰ الأخرىٰ؛ لأن عليهما ولاءَ مباشرة.

---

(١) في (أ): « المعتق ».
(٢) في (ظ): « ابنين »، وفي (أ): « اثنين ».
(٣) في المطبوع: « لأحدهما ».

في « فَتَاوَىٰ [القَفَّال[1]] » إذا اشترىٰ مكاتَبٌ بعضَ أبيه، عَتَقَ نصفُهُ، ولا يقوَّم عليه؛ لأنه لم يَعْتِقْ باختياره؛ بل عَتَقَ ضمناً.

وأنه إذا قال لمن له عبد مستأجر: أعتقْهُ عنِّي علىٰ كذا، فأعتقَهُ، نفذَ قطعاً، بخلاف البيع؛ لقوَّة العتقِ، وكذا يجوزُ في المغصوب والغائب إذا علمَ حياته.

وفي « فَتَاوَىٰ القاضي حُسَين »: إذا ادَّعىٰ عبدٌ علىٰ سيدِهِ العتقَ عند الحاكم، فحلَّفه، فلما أتمَّ يمينَهُ، قال: قُمْ، يا حُرُّ! علىٰ وجه السُّخرية، حكمَ عليه بالحرِّية؛ لقولِهِ ﷺ [١٣٣٢ / أ]: « **ثلاث[2] جِدُّهُنَّ جِدٌّ، وهَزْلُهُنَّ جِدٌّ** » ومنها: العِتَاقُ[3].

وأنه لو كانت جاريتُهُ[4] حامِلاً، والحَمْلُ مُضغةٌ، فقال: أعتقْتُ مضغةَ هٰذه الجاريةِ، كان لغْواً؛ لأن إعتاقَ ما لم يُنْفَخْ فيه الروحُ لغْوٌ.

ولو قال: مُضغَةُ هٰذه الجارية حُرٌّ، فهو إقرار بأنَّ الولدَ انعقدَ حُرّاً، وتصير الأمُّ به أُمَّ وَلدٍ.

قلتُ: ينبغي أَنْ لا تصيرَ حتَّىٰ يقرَّ بوطئها؛ لأنه يحتمل أنه حُرٌّ مِنْ وطء أجنبيٍّ بشُبهة. **واللهُ أعلمُ**.

---

(١) **القَفَّال**: هو المروزيُّ الصغير، عبد الله بن أحمد.

(٢) في المطبوع: « ثلاثة ».

(٣) أخرجه ابن عديٍّ، وضعَّفه الحافظ في (بلوغ المرام برقم: ١١٠٢) بتحقيقي.

وأخرجه الحارث بن أبي أسامة كما في (بغية الباحث عن زوائد مسند الحارث برقم: ٥٠٣) من حديث عبادة بن الصامت رفعه: لا يجوز اللعبُ في ثلاثٍ: الطلاق، والنكاح والعتاق، فمن قالهنَّ فقد وَجَبْنَ. وضعَّف إسناده الحافظ في (بلوغ المرام برقم: ١١٠٣)، وقال في (التلخيص الحبير: ٣ / ٣٠٩): « وهٰذا منقطع ».

وأخرجه الطبراني من حديث فَضَالة بن عُبيد. قال الحافظ في (التلخيص الحبير: ٣ / ٣٠٩): « وفيه ابن لهيعة ».

وقال المصنفُ في (تهذيب الأسماء واللغات: ٣ / ٨١ ـ ٨٤): « وفي حديث أبي هريرة أن النبيَّ ﷺ قال: « ثلاث جدّهُنَّ جدٌّ وَهزْلهُنَّ جِدٌّ: النكاح والطلاق والعتاقُ ».

هٰكذا وقع هٰذا الحديث في (الوسيط: ٥ / ٣٨٦)، وكذا وقع في بعض نسخ المهذب، وفي بعضها: « والرجعة » بدل: « العتاق »، وهٰذا هو الصواب..... »، وانظر: (التلخيص الحبير: ٣ / ٢٠٩ ـ ٢١٠).

(٤) في (ظ)، والمطبوع: « جارية ».

وأنه لو قال لعبده: إذا[١] أخذكَ متغلِّبٌ، فقل: أنا حُرٌّ، لا يَعْتِقُ؛ بل هو أمرٌ بكذِبٍ، وكان القاضي[٢] يلقِّنُ عبيدَه ذٰلك[٣].

وأنه لو قال لعبده: أعتقكَ اللهُ، أو اللهُ أَعتقكَ، فقيل: يفرّقُ بينهما؛ لأن الأولَ دعاءٌ، والثاني خَبَرٌ.

قال القاضي: وعندي لا يَعْتِقُ فيهما. وقال العَبَّادِيُّ: يَعْتِقُ فيهما.

وفي « الزيادات » لأبي عاصمٍ العبَّادِيِّ، رَحِمَهُ اللهُ: أنه إذا قال: مَنْ بشَّرني مِنْ عبيدي بقدوم زيد، فهو حُرٌّ، فبعثَ بعضُ عبيده عَبْداً آخَرَ ليبشِّرَهُ به، فجاء، وقال: عبدُك فلانٌ يبشِّرُكَ بقدومِهِ، وأَرسلني لأخبرَكَ، فالمبشِّرُ المرسِلُ دون الرسولِ.

وأنه لو قال: إنِ اشتريتُ عبدَين في صَفْقَةٍ، فلِلَّهِ عليَّ إعتاقُهما، فاشترىٰ ثلاثةً صفقةً، لزمَهُ إعتاقُ اثنين؛ لوجودِ الصِّفَة.

[و] لو ولدَتِ الزانيةُ، فملَكَ الزاني بها ذٰلك الولد، لم يَعْتِقْ عليه؛ لانتفاء نسَبه.

وفي فروعٍ حكاها الرُّوْيَانِيُّ[٤]، عن والده[٥]، وغيرِهِ، قال لعبده: أنتَ حُرٌّ مثل هٰذا العبد، وأشارَ إلىٰ عبدٍ آخَرَ، يحتملُ أن لا يَعْتِقَ؛ لعدَمِ حرِّية المشبَّه به، ويحملُ علىٰ حرِّية الخلق.

قلتُ: ينبغي أَنْ يَعْتِقَ. **واللهُ أعلمُ**.

وأنه لو قال: أنتَ حُرٌّ مثلُ هٰذا، ولم يَقُلْ: هٰذا العبد، يحتملُ أَنْ يَعْتِقا، والأَصَحُّ[٦] أنهما لا يَعْتِقَان.

قلتُ: الصوابُ هنا: عِتقُهما. **واللهُ أعلمُ**.

---

(١) في المطبوع: « لو ».
(٢) هو القاضي حُسَين.
(٣) في المطبوع: « بذٰلك ».
(٤) **الرُّوياني**: هو القاضي أبو المحاسن، عبد الواحد بن إسماعيل. سلفت ترجمته.
(٥) **والده**: هو إسماعيل بن أحمد بن محمد الرُّويانيُّ. سلفت ترجمته.
(٦) في (ظ، أ)، والمطبوع: « والأوضح »، المثبت من (س).

وأنه لو قال لغيره: أنتَ تعلم أَنَّ هـٰذا العبد الذي في يدي حُرٌّ، حكمَ بعتْقِهِ. ولو قال: تظنُّ أنه حُرٌّ، لم يحكمْ بعتقه؛ لأنه لو لم يكن حُرّاً لم يكنِ المقولُ له عالماً بحرِّيته، وقد اعترفَ بعلمهِ، والظنُّ بخلافه.

ولو قال: ترىٰ أنه حُرٌّ، احتملَ أَنْ لا يقعَ، وأَنْ يَقَعَ، والرؤيةُ بمعنىٰ العلمِ.

قلتُ[1]: الصوابُ أنه لا يَعْتِقُ. **والله أعلمُ**.

وأنه لو وكَّلَ رجلاً في عتقِ عبدٍ، فأعتقَ الوكيلُ نصفَه، فهل يَعْتِقُ نصفُه فقط، أم يَعْتِقُ ويَسْري إلىٰ باقيه، أم لا يَعْتِقُ منه شيء؛ لمخالفته؟ فيه أوجهٌ.

أصحُّها: الأول.

وفي «جَمْع الجوامع» للرُّوْيَانِيِّ أنه لو كان عبدٌ بين شريكَين، فقال رجلٌ لأحدِهما: أَعتِقْ نصيبَك عَنِّي بكذا، فأعتقَه عنه، فولاؤُه للآمر، ويقوّمُ نصيب الشريك علىٰ المعتقِ، دون الآمِر؛ لأنه أعتقه لغرضِ نفسِه، وهو العِوَضُ الذي حَصَلَ له.

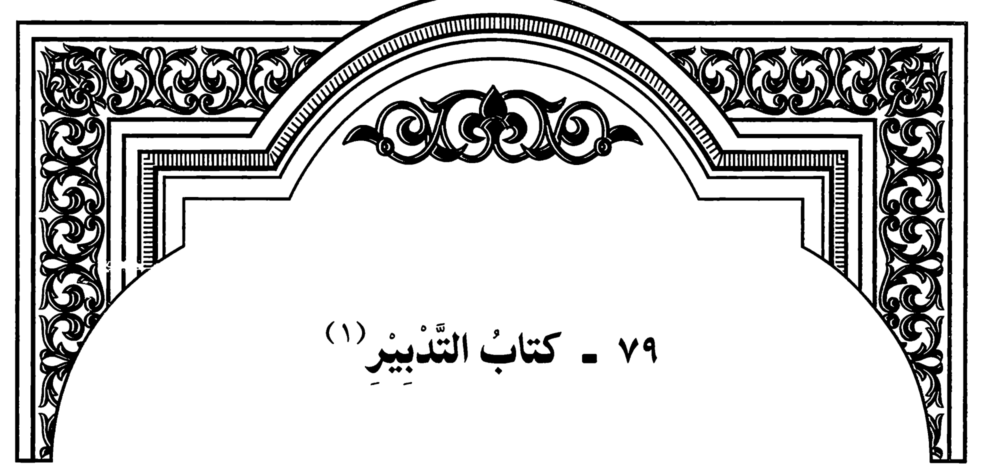
ولو قال أحدُ الشريكَين للآخَرِ: أَعْتِقْ نصيبَك عنِّي بكذا، فأعتقَه عنه، فولاؤه للآمِرِ، ويقوَّمُ نصيبُ الآمِرِ علىٰ المعتقِ، حكاه عن القاضي الطَّبري[2].

قلتُ: الصوابُ في الصورتَين أنه لا يقوَّمُ عليه، لأنه لم يَعْتِقْ عنه. **والله أعلمُ**.

---

(١) كلمة: «قلتُ» ساقطة من (م).

(٢) هو القاضي أبو الطيب الطبري.



٧٩ ـ كتابُ التَّدْبِيرِ[(١)]

فيه بابانِ:

الأولُ: في أركانِهِ، وهي ثلاثةٌ: المَحَلُّ، والصيغةُ، والأهلُ.

أَمَّا المحلُّ، فمعلومٌ.

وأمَّا الصيغةُ، فينعقدُ التَّدْبيرُ بالصريح [١٣٣٢ / ب] وبالكناية[(٢)]؛ فالصريحُ كقولِهِ: أنتَ حُرٌّ بعد موتي، أو أعتقتُكَ، أو حَرَّرتك بعد موتي، أو إذا مِتُّ فأنتَ حُرٌّ، أو عَتيقٌ، فإذا مات عَتَقَ.

ولو قال: دَبَّرْتُك، أو أنتَ مُدَبَّرٌ، فالنصُّ أنه صريحٌ، ويَعْتِقُ إذا مات السيدُ. ونصّ في « الكتابة » أن قوله: كاتبْتُكَ علىٰ كذا، لا يكفي حتَّىٰ يقولَ: فإذا أَدَّيْتَ فأنتَ حُرٌّ، ويَنْويه.

وفيهما طريقانِ، فقيل: فيهما قولانِ.

أحدهما: صريحانِ؛ لاشتهارِهما في معنييهما، كالبيعِ والهبةِ.

---

(١) التَّدْبير: هو في اللغة: النظرُ في عواقب الأمور، وفي الشرع: تعليقُ عتقٍ يقع بعد الموتِ. ولفظه مأخوذ من الدبر؛ لأن الموتَ دبر الحياة. وقيل: لأنه لم يجعلَ تدبيره إلىٰ غيره. وقيل: لأنه دبر أمر حياته باستخدامه، وأمر آخرته بعتقه. وكان معروفاً في الجاهلية، فأقرَّه الشرعُ. وقيل: إنه مبتدأ في الإسلام، ولا يستعملُ التدبير في غير العتق من الوصايا، وقد دبَّرَ المهاجرون والأنصار، وأجمع المسلمون علىٰ جوازه. انظر: (فتح العزيز: ١٣ / ٤٠٧)، و(مغني المحتاج: ٤ / ٥٠٩)، و(النجم الوهاج: ١٠ / ٥٠٩)، و(نهاية المطلب: ١٩ / ٣٠٧)، و(الموسوعة الفقهية: ١١ / ١٢٤).

(٢) في (ظ): « والكناية ».

والثاني: كِنايتان؛ لخلوِّهما عن لفظ الحرِّية والعتقِ، والمذهبُ تقريرُ النصَّين.

والكناية كقوله: خلَّيتُ سبيلكَ بعد موتي مع نيَّة العتقِ.

ولو قال: دَبَّرْتُ نصفَكَ أو رُبُعكَ، صَحَّ. وإذا مات، عَتَقَ ذٰلك الجُزْءُ، ولم يَسْرِ.

ولو قال: دَبَّرْت يَدك، أو رجلَك، فهل يصحُّ، ويكونُ كلُّه مُدَبَّراً، أم يلغو؟ وجهانِ.

ونصّ في « الأم »: أنه لو قال: أنتَ حُرٌّ بعد موتي أو لسْتَ[١] بحُرٍّ، لا يصحُّ التدبيرُ، كما لا يحصلُ العتقُ لو قال: أنتَ حُرٌّ أو لستَ بِحُرٍّ، ولا الطلاقُ إذا قال: أنتِ طالق، أو لستِ بطالق.

فَرْعٌ: يصحُّ التدبيرُ مُطلقاً، وهو أَنْ يعلّقَ العتق بالموتِ، بلا شرطٍ. ومقيَّداً بشرط في الموتِ، كقوله: إنْ قُتِلْتُ، أو مِتُّ من مرضي هٰذا، أو حَتْفَ أنفي، أو في سَفري هٰذا، أو في هٰذا الشهر، أو في هٰذا البلد، فأنتَ حُرٌّ، فإنْ مات على الصفة المذكورة، عَتَقَ، وإلاَّ، فلا.

ولو قال: إذا مِتُّ، ومضىٰ شهرٌ، أو يومٌ، فأنتَ، حُرٌّ، أو قال: أنتَ حُرٌّ بعد موتي بيومٍ، عَتَقَ بعد موته بيوم ولا يحتاجُ إلىٰ إنشاءِ إعتاقٍ بعدَ موتِهِ. وهل هٰذا تدبيرٌ مُطلَقٌ، أم مقيَّدٌ، أم ليس بمطلَقٍ ولا مقيَّدٍ، وإنما هو تعليقٌ ليس بتدبيرٍ؟ فيه أوجه.

الصحيح: الثالث، وبه قال الأكثرونَ، منهم الشيخُ أبو حامدٍ، وابْنُ كَجٍّ، وابْنُ الصبَّاغِ، والرُّويانِيُّ، قالوا: مَتَىٰ علّقَ العِتْق بصِفَةٍ بعد الموت، كقوله: إذا مِتُّ، وشِئتَ الحرِّيةَ، أو يشاءُ فلانٌ، أو إذا مِتُّ ثم دخلتَ[٢]، فأنتَ حُرٌّ، أو أنتَ حُرٌّ بعد موتي إذا خدمْتَ ابني شهراً، فكلُّ ذٰلك ليس بتدْبيرٍ؛ بل تعليقٌ.

ويجوزُ تعليقُ التَّدبير؛ بأَنْ يقولَ: إذا، أو مَتَىٰ دخلت الدارَ، فأنتَ حُرٌّ بعد

---

(١) في المطبوع: « ولستَ ».

(٢) في (فتح العزيز: ١٣ / ٤١٠) زيادة: « الدار ».

موتي، أو فأنتَ[1] مُدَبَّرٌ، فإذا دخلَ، صار مُدَبَّراً، ولا يشترطُ الدخولُ في الحال، لكن يشترطُ حصولُه في حياة السيدِ، كسائر الصفاتِ المعلَّق عليها، فإنْ مات السيدُ قبل الدخولِ، فلا تدبيرَ، ولغَا التعليقُ، إلَّا أنْ يصرحَ فيقول: إذا دخلتَ الدار بعد موتي، أو إذا مِتُّ، ثم دخلت الدارَ، فأنتَ حُرٌّ، فإنما يَعْتِقُ حينئذ بالدخول بعد الموت.

وللإمام[2] احتمالٌ في تعليقِ العتقِ بالدخول بعد الموتِ، وذكرَ أَن القاضيَ[3] رَمَزَ إليه، ولا تشترطُ المبادرةُ إليه بعد الموت؛ بل مَتَىٰ دَخَلَ، عَتَقَ.

ولو قال: إذا مِتُّ ودخلت الدارَ، فأنتَ حُرٌّ، قال البغويُّ[4]: يشترطُ الدخولُ بعد الموت، إلاّ أَنْ يريدَ الدخول قبلَه.

ولو قال: إذا مِتُّ فدخلت الدارَ، أو إذا مِتُّ فأنتَ حُرٌّ إنْ دخلت الدارَ، فعلىٰ ما سنذكره، إنْ شاءَ الله تعالىٰ في التعليق بالمشيئةِ.

ولو قال الشريكانِ لعبدِهما: إذا مِتْنا فأنتَ حُرٌّ، لم يَعْتِقْ حتَّىٰ يموتا؛ إمَّا معاً، وإمَّا مرتَّباً [١٣٣٣ / أ]، ثم إنْ ماتا معاً، فالحاصِل عِتْقٌ؛ لحصُولِ الصِّفَةِ، لا تدبيرٌ؛ لأنه معلَّق بموتِهِ وموتِ غيره. والتدبيرُ: أَنْ يعلّقَ بموتِ نفسِه.

وقيل: إنه عِتْقُ تدبيرٍ؛ لاتصالِهِ بالموتِ، والصحيحُ: الأولُ.

وإنْ ماتا مُرَتَّباً، فوجهان.

أحدهما: ليس بتدبيرٍ، والصحيح: أنه إذا ماتَ أحدُهما، صار نصيبُ الثاني مُدبّراً؛ لتعلُّق العتقِ بموتِهِ، وكأنه قال: إذا مات شريكي فنصيبي منكَ مُدَبَّرٌ، ونصيبُ الميتِ لا يكون مُدَبّراً، وهو بين الموتَين للورثة، فلهم التصرُّفُ فيه بما لا يُزيلُ المِلْكَ، كالاستخدام والإجارة، وليس لهم بيعُهُ؛ لأنه صارَ مستحقّ العتقِ بموتِ الشريكِ. وكذا إذا قال: إنْ دخلتَ الدارَ بعد موتي، فأنتَ حُرٌّ، فليس للوارث بيعُهُ بعد الموت وقبل الدُّخول؛ إذْ ليس له إبطالُ تعليقِ الميتِ، وإن كان للميتِ أَنْ يُبْطِلَهُ،

---

(١) في المطبوع: « أنت ».
(٢) انظر: (نهاية المطلب: ١٩ / ٣١٨).
(٣) هو القاضي حُسَين.
(٤) انظر: (التهذيب: ٨ / ٤٠٧ ـ ٤٠٨).

كما لو أوصىٰ لرجل بشيء، ومات، ليس للوارثِ بيعُهُ، وإن كان للموصِي أَنْ يبيعَهُ. وكذا مَنْ أعارَ، له الرجوعُ في العاريَّةِ.

ولو قال: أعِيروا داري لفلانٍ بعد موتي شهراً، وَجَبَ تنفيذُ وصيَّته، ولم يملكِ الوارثُ [الرجوعَ] عن هٰذه العاريَّة، هٰذا هو الصحيحُ.

وفي الصورتَين وجه: أنه يجوزُ للورثة بيعُهُ.

وفي كسبِ العبدِ بين موتَيهما وجهانِ.

أحدُهما: أنه معدودٌ من تركَةِ الميتِ.

وأصحُّهما: أنه للوارِثِ خاصَّةً.

قال في « الأُمِّ »: ولو قالا لعبدِهما: أنتَ حبيسٌ علىٰ آخرنا موتاً، فإذا مات: عَتَقْتَ، فهو كما لو قالا: إذا مِتْنا، فأنتَ حُرٌّ، إلَّا أَنَّ هناك المنفعةُ بين الموتَين تكونُ لورثة الأوَّلِ، وهنا[1] هي للآخَرِ، وكذا الكَسْب، وكأَنَّ أوَّلَهما موتاً أوصىٰ بهما لآخِرِهما موتاً.

ولو قال أحدُهما: إذا مِتُّ، فأنتَ حُرٌّ، فإذا مات، عَتَقَ نصيبُهُ، ولم يَسْرِ.

فَرْعٌ: قال لعبده: أنتَ حُرٌّ إنْ شِئْتَ، فإنَّما يَعْتِقُ إذا شاءَ علىٰ الفَور، وقيل: لا يشترطُ الفورُ، والصحيحُ: الأول.

ولو علّقَ التدبير بمشيئة العبدِ، فقال: أنتَ مدبَّرٌ إنْ شئتَ، أو دَبَّرْتُكَ إنْ شئتَ، أو قال: إن شئتَ فأنتَ مُدَبَّرٌ، أو: فأنتَ حُرٌّ إذا مِتُّ، أو مَتَىٰ مِتُّ، فلا يصيرُ مُدَبَّراً إلَّا بالمشيئة، والصحيحُ اشتراطُ الفور فيها. فلو قال: مَتَىٰ شِئْت، أو مَهْما شئت، لم يشترطِ الفور، ويصيرُ مُدَبَّراً متَىٰ شاءَ.

وفي الحالتين تشترطُ المشيئةُ في حياةِ السيدِ، كسائرِ الصفاتِ المُعَلَّقِ عليها، إلَّا إذا علّقَ صريحاً بمشيئةٍ بعد الموتِ، فإنما يحصلُ العتقُ بمشيئةٍ بعد الموتِ، ولا يمنعُ الامتناعُ في الحياة مِنَ المشيئة بعد الموت.

ثم ينظرُ في لفظ التعليقِ؛ فإنْ قال: أنتَ حُرٌّ بعد موتي إنْ شئت بعدَ الموت، أو

---

(١) كلمة: « هنا » ساقطة من المطبوع.

اقتصر علىٰ قوله: إِنْ شِئْت، وقال: أردتُ بعد الموتِ، فقال الإمامُ[١]، والغزاليُّ: لا يشترطُ الفورُ بعد الموت، ونفىٰ الإمامُ الخلاف في ذٰلك؛ لأنها إذا تأخَّرَتْ عن الخِطاب، واعتبرَتْ بعد الموت، لم يكن لاشتراطِ اتصالِها[٢] بعد الموت معنىً؛ ولهٰذا لا يشترطُ في قَبُول الوصيَّة.

وفي « التهذيب »[٣]، وغيرِهِ وجهان فيما لو قال: إذا مُتُّ وشِئْت بعد موتي، فأنتَ حُرٌّ، أَنَّ المشيئةَ علىٰ التراخي[٤]، أم يشترطُ الفور؟ والصورةُ كالصورة.

ولو قال: إذا مِتُّ فشِئْت، فأنتَ حُرٌّ، ففي اشتراط [١٣٣٣ / ب] اتصالِ المشيئَةِ بالموتِ وجهان.

الأصحُّ: الاشتراطُ، وبه أجابَ الأكثرونَ؛ لأن (الفاءَ) للتعقيبِ، ويجري الخلافُ في سائر التعليقاتِ، كقولِهِ: إنْ دخلت الدارَ فكلَّمت زيداً، فأنتِ طالق، هل يشترطُ اتصالُ الكلامِ بالدُّخول؟

ولو قال: إذا مُتُّ فمتَىٰ شئتَ، فأنتَ حُرٌّ، لم يشترطِ اتصال المشيئةِ بالموت بلا خلاف.

ولو قال: إذا مِتُّ، فأنتَ حُرٌّ إن شئتَ، أو إذا شئتَ، أو قال: أنت حُرٌّ إذا مُتُّ إِنْ شئتَ، فيحتملُ أَنْ يرادَ بهٰذا اللَّفظ: المشيئة في الحالِ، وتحتملُ المشيئةُ بعد الموت، فيراجع، ويعمل بمقتضىٰ إرادته، فإِنْ قال: أطلقْتُ، ولم أنْوِ شيئاً، فثلاثَة أوجُهٍ. الأصحُّ: حَمْلُهُ علىٰ المشيئة بعد الموت، وبه أجاب الأكثرونَ، منهم العراقيون، وشرطوا أَنْ تكونَ المشيئةُ بعد الموتِ علىٰ الفور، ومُقتضىٰ ما سبق عن الإمام، والغزاليِّ: أن لا يشترطَ الفور.

والثاني: حملُه علىٰ المشيئة في الحياة وبعد الموت؛ لأن الموت متردّد بينهما، فتكفي المشيئةُ في حياة السيدِ، ويشترطُ الفورُ علىٰ الصحيح.

والثالث: تشترطُ المشيئةُ في الحياة، فإِنْ لم يتحقَّقا، لم يحصُلْ يقينُ العتقِ،

---

(١) انظر: (نهاية المطلب: ١٩ / ٣١٦).
(٢) في المطبوع: « اتصالهما ».
(٣) انظر: (التهذيب: ٨ / ٤٠٨).
(٤) في المطبوع: « التراضي »، تحريف.

وليَجْرِ هٰذا الخلافُ في سائرِ التعليقاتِ، كقوله: إذا دخلت الدار، فأنتِ طالق إنْ كلَّمت فلاناً، أَيُعتبرُ الكلامُ بعد الدُّخول، أم قبلَه؟ قال الإمام[١]: ونشأ مِن هٰذا المنتهىٰ إشكالٌ فيما لو قال لعبده: إنْ رأيت عيناً، فأنت حُرٌّ، والعينُ لفظ مشترك بين الباصِرة، والدِّينارِ، وعَينِ الماء، ولم يَنْوِ المعلِّقُ شيئاً، فهل يَعْتِقُ العبدُ إذا رأىٰ شيئاً منها؟ فيه تردُّدٌ، والوجهُ: أنه يَعْتِقُ، وبه يضعفُ اعتبار المشيئتين في مسألة المشيئة. ولك أَنْ تقولَ: إنْ لم تكن المسألةُ كالمسألة، فلا إلزامَ، وإنْ كانت كَهِيَ، فليحصلِ العتقُ بالمشيئةِ في الحياة، أو بعدَ الموت، كمسألة العَين، وهٰذا وجهٌ غير الثلاثة.

ثم الأشبهُ أَنَّ اللَّفظَ المشترَكَ لا يحملُ جميع معانيه، ولا يحملُ عند الإطلاق علىٰ كُلِّها، ويمكنُ أَنْ يؤمَرَ بتعيين أحدها، ومتَىٰ اعتبرَ في المشيئة بعد الموتِ الفور فأخَّرها، بَطَلَ التعليقُ، وإذا لم تعتبرْ كما في قوله: فأنتَ حُرٌّ مَتَىٰ شِئْتَ، فقال القاضي أبو حامد: تعرضُ عليه المشيئة، فإن امتنعَ، فللورثة بيعُهُ. وكذا لو علّقَ بدخول الدارِ وغيره بعد الموت، يُعْرَضُ عليه الدخولُ، كما يقال للموصىٰ له: اقبَلْ[٢]، أو رُدَّ. وهل للورثة بيعُهُ قبلَ المشيئة وعرضها عليه؟ فيه الخلافُ السابقُ في الفرع الماضي.

فروعٌ[٣]: قال: إنْ شاءَ فلانٌ وفلانٌ، فعبدي حُرٌّ بعد موتي، لم يكن مُدَبّراً حتَىٰ يشاءا جميعاً.

ولو قال: إذا مِتُّ، فشئت، فأنتَ مُدَبَّرٌ، فهٰذا لَغْو، وكذا لو قال: إذا مُِتُّ فدبِّروا هٰذا العبدَ.

ولو قال: إذا مُِتُّ فعبدٌ من عبيدي حُرٌّ، ومات، ولم يبيّنْ، أقرعَ بينهم. قال في «الأُم»: لو قال: إذا قرأتَ القرآنَ بعد موتي، فأنتَ حُرٌّ، لا يَعْتِقُ إلَّا بقراءة جميع القرآنِ.

ولو قال: إذا قرأتَ قرآناً، عَتَقَ بقراءةِ بعضِ[٤] القرآنِ.

---

(١) انظر: (نهاية المطلب: ١٩ / ٣١٦).
(٢) في المطبوع: « أَقبل ».
(٣) في المطبوع: « فرع ».
(٤) كلمة: « بعض » لم ترد في (أ، س).

الرُّكْنُ الثالِثُ: الأهْلُ، فلا يصحُّ تدبيرُ مجنونٍ، ولا صبيٍّ لا يميزُ، ولا مميِّزٍ علىٰ الأظهر، فإنْ صحَّحناه، صَحَّ رجوعُه بالقول، إنْ جوَّزْنا الرجوعَ عن التدبيرِ بالقول، وفيه وجْهٌ.

وإنْ قُلنا: لا يمكنُ[1] الرجوعُ بالقول، فالتصرُّف الذي يحصل به الرجوعُ، لا يصحُّ منه، لٰكن يَقُومُ الوليُّ [١٣٣٤ / أ] مَقَامه، فإذا رأىٰ المصلحةَ في بيعه، باعَه، وبَطَلَ التدْبيرُ.

ويصحُّ تدبيرُ المحجورِ عليه بسَفَهٍ علىٰ المذهب، وقيل: قولان، كالمميِّزِ، فإنْ صَحَّحْنا، فرجوعُه كما ذكرنا في المميِّزِ، وتدبيرُ المحجورِ عليه بِفَلَسٍ، كإعتاقِهِ، وقد سبقَ في « التفليس ».

وفي تدبير السَّكران الخلافُ السابقُ في سائر تصرُّفاته.

وفي تدبيرِ المرتدِّ أَقوالٌ مبنيَّةٌ علىٰ مِلْكه، إنْ قلنا: باقٍ، صحَّ تدبيرُهُ، وإنْ قلنا: زالَ، فلا. وإنْ قلنا: موقُوفٌ، فتدبيرُهُ موقوفٌ؛ إنْ أسلمَ، بانَ صحتُهُ، وإنْ مات مرتدّاً، بانَ فسادُهُ.

وحُكيَ قولٌ في بطلان تَدبيره علىٰ قولِ الوقْفِ.

ثم قال ابْنُ سَلَمَةَ: الأقوالُ إذا حَجرَ القاضي عليه، فأمَّا قبلَه، فيصحُّ قطعاً.

وقال أبو إسحاقَ: هي قبلَ الحَجْرِ، فأمَّا بعدَه، فلا يصحُّ قطعاً.

وقال غيرُهما بطردِ الأقوالِ في الحالَين. وقد سبق في « الرِدَّة » أن البَغَويَّ جعلَ الوقفَ أصحَّ.

وروىٰ بعضُهم أنَّ الشافعيَّ رضي اللهُ عنه قال: أشبهُ الأقوالِ بالصحّة زوالُ المِلْك بنفسِ الردَّة، وبه أقولُ.

ولو دَبَّرَ عبداً، ثم ارتدَّ، فثلاثُ طرق. أصحُّها وهو الذي رجَّحه ابْنُ كَجٍّ، والعراقيُّون، وبه قال أبو إسحاقَ: لا يَبْطُلُ التدبيرُ قطعاً، فإذا مات مرتدّاً، عَتَقَ

---

(١) في المطبوع: « يملك » بدل: « لا يمكن »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٤١٥).

العبدُ؛ صيانةً لِحَقِّ العبد عن الضَّياع، كحَقِّ الغُرَماء، وكما لا يبطلُ بيعه وسائر عقودهِ.

والثاني: يبطلُ قطعاً؛ لأنه لو بقي، لنفذَ من الثلُث، وما نفذَ من الثلُث، اشترطَ فيه بقاءُ الثلثَين للورثة، وهٰذا ضعيفٌ، وعلىٰ هٰذا: تبطلُ وصايا المرتدِّ.

والثالث، وبه قال ابْنُ سَلَمَةَ: يبنىٰ علىٰ أقوالِ[١] المِلْكِ؛ إنْ بقيَ، فالتدبيرُ باقٍ، وإنْ زالَ، بَطَلَ، وإنْ وقفَ وقفَ[٢]، فإنْ قلنا بالبُطلان، فأسلمَ، عادَ مِلْكُهُ، وعادَ التدبيرُ علىٰ المذهب. وقيل: قولانِ، كَعْودِ الحِنْثِ، كما لو باعَ مُدَبَّراً، ثم مَلَكَهُ.

وإنْ أبْقَينا التدبيرَ، عَتَقَ المُدَبَّرُ من الثلثُ، وجعلَ الثلثانِ فَيئاً.

وفي وجه: يَعْتِقُ كُلُّهُ، ورعايةُ الثلُث والثلُثين يختصُّ بالميراثِ.

ولو ارتَدَّ المُدَبَّرُ، قُتِلَ، كالقِنِّ، لٰكن لا يَبْطُلُ التدبيرُ بالردَّةِ، كما لا يبطلُ الاستيلادُ والكتابةُ بالردَّةِ. فلو مات السيدُ قبلَ قَتْلِهِ، عَتَقَ.

ولو التحقَ المرتَدُّ بدارِ الحربِ، فَسُبِيَ، فهو علىٰ تَدْبيره، ولا يجوزُ استرقاقُهُ؛ لأنه إن كان سيدُه حيّاً، فهو له، وإنْ مات، فولاؤُه له، ولا يجوزُ إبطالُهُ، فإنْ كان سيدُه ذِمياً، ففي جوازِ استرقاقِ عتيقِهِ خلافٌ سبَقَ.

ولو استولىٰ الكفارُ علىٰ مُدَبَّرٍ مسلمٍ، ثم عادَ إلىٰ يدِ المسلمينَ، فهو مُدَبَّرٌ كما كان.

فَرْعٌ: الكافِرُ الأصليُّ، يصحُّ تدبيرُهُ، وتَعْليقُهُ العتقَ بصفَةٍ، كما يصحُّ استيلادُهُ، سواءٌ الكتابيُّ، والمجوسيُّ، والوثنيُّ، والحربيُّ، والذميُّ. ولا يمنعُ الكافر مِنْ حملِ مُدَبَّرِهِ ومستولَدَتِهِ الكافرَين إلىٰ دارِ الحربِ، سواء جرىٰ التدبيرُ في دار الإسلامِ، أو دارِ الحرب، وليس له حَمْلُ مكاتَبِهِ الكافِرِ قهراً؛ لظهورِ استقلالهِ.

ولو دَبَّرَ كافرٌ عبداً كافراً، ثم أسلمَ العبدُ؛ فإنْ رجعَ السيدُ عن التدبيرِ بالقولِ، وجوَّزْناه، بِيْـعَ عليه، وإلاَّ، ففي بيعه قولان منصوصان في « الأمِّ ».

---

(١) في (ظ): « الأقوال ».

(٢) كلمة: « وقف » ساقطة من المطبوع.

أحدهما: يباعُ عليه، ويبطلُ التدبير؛ دفعاً لإذلاله.

وأظهرُهما: لا يباعُ؛ بل يبقىٰ التدبيرُ؛ لتوقُّع الحرِّية، ولٰكن يخرجُ من يده، ويجعلُ [١٣٣٤ / ب] في يدِ عَدْلٍ، ويصرفُ كسْبُهُ إليه، كما لو أسلمَتْ مستولَدَتُه، فإنْ خرجَ سيدُهُ إلىٰ دار الحربِ، أنفقَ من كسْبِهِ عليه، وبعثَ ما فَضَلَ إلىٰ السيدِ، فإذا ماتَ، عَتَقَ من الثلُث، فإنْ بقي منه شيءٌ للورثة، بيعَ عليهم.

ولو أسلمَ مكاتَبُ الكافِرِ، فقيل: قولانِ كالمدبَّرِ، والمذهبُ أنه لا يباعُ؛ بل تبقىٰ الكتابةُ؛ لانقطاع سَلْطَنَةِ[1] السيدِ، واستقلاله، فإنْ عَجَّزه السيدُ، بيعَ عليه.

فَرْعٌ: إذا دَبَّرَ أحَدُ الشريكَين نصيبَه، فالمشهورُ أنه لا يَسْري، ولا يقوّمُ عليه نصيبُ شريكه، فإنْ ماتَ، وعَتَقَ نصيبُهُ، لم يَسْرِ أيضاً إلىٰ نصيب الشريكِ؛ لأن الميتَ معسِر، بخلاف ما إذا علّقَ عِتْق نصيبِهِ بصِفَةٍ فوجدَتْ، وهو موسِرٌ، يَسْري.

وفي قول: يَسْرِي، وحُكي هٰذا وجهاً.

ولو دَبَّرَ بعضَ عبده الخالِصِ، صَحَّ، ولا سِرَايةَ، ويجيءُ فيه الخلاف في نصيبِ الشريكِ، وأَوْلىٰ.

---

(١) في المطبوع: « سلطة »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٤١٨).





الباب الثاني
في حُكْمِ التَّدْبيرِ

وله حُكمانِ: ارتفاعُهُ، وسِرَايته إلىٰ الولَدِ.

الأولُ: ارتفاعُهُ، ويرتفعُ بخمسةِ أمورٍ.

الأول: إزالة المِلْك، فللسيدِ إزالةُ المِلْك عن المُدَبَّرِ بالبَيع، والهِبة، والوصيَّةِ وغيرِها، سواء كان التدبيرُ مطلقاً، أو مقيَّداً، وإذا زالَ الملكُ عنه بِبَيعٍ، ونحوِه، ثم عاد إلىٰ مِلْكه، فهل يعودُ التدبيرُ؟ يُبنىٰ علىٰ أَنَّ التَدبيرَ وصيةٌ للعبدِ بالعتقِ، أم هو تعليقُ عِتْقٍ بِصِفَةٍ؟ وفيه قولان.

القديمُ، وأحدُ قولَي الجديد: وصيّة.

والثاني، وهو نصُّه في أكثرِ كُتبه: تعليقٌ بِصِفَةٍ، وهـٰذا هو الأظهرُ عند الأكثرين، فإنْ قلنا: وصيّة، لم يَعُدِ التَّدْبيرُ، كما لو أوصىٰ بشيء، ثم باعه، ثم مَلَكَه.

وإن قلنا: تعليقٌ، فعلىٰ الخلاف في عَوْدِ الحِنْثِ، وقد سبقَ أَنَّ الأظهرَ أنه لا يعودُ، فحصلَ أَنَّ المذهبَ أنه لا يعودُ التدبيرُ.

الثاني: لو رجعَ عن التدبيرِ باللَّفظ، كقولِهِ: رجعتُ عنه، أو فسخْتُهُ، أو أبطلْتُهُ، أو رفعْتُهُ، أو نقضْتُهُ، فإنْ قلنا: وصيَّة، صحَّ الرجوع، وإلَّا، فلا. وسواءٌ التدبيرُ المطلَقُ والمقيَّدُ.

وقيل: يختصُّ الخِلافُ بالمطلَقِ، ويقطعُ في المقيَّد بمنعِ الرجوعِ، والمذهبُ: الأولُ.

ولو قال : أعتِقوا فلاناً عني إذا مُتُّ ، جازَ الرجوعُ باللَّفظِ ، كسائر الوصايا .

ولو ضمَّ إلىٰ الموتِ صفة أخرىٰ ، بأَنْ قال : إذا مُتُّ ، فدخلت الدارَ ، فأنتَ حُرٌّ ، لا يجوزُ الرجوعُ باللَّفظِ قطعاً ، وإنما الخلافُ في التدبيرِ .

فَرْعٌ: إذا وهبَ المدبَّر ، ولم يقبضْهُ ، إنْ قلنا : التدبيرُ وصيَّةٌ ، حصلَ الرجوعُ ، وإنْ قلنا : تعليقٌ ، لم يَحْصَلْ علىٰ الصحيح ، وإنِ اتَّصَلَ بها القبضُ ، وقلنا : يملكُ بالقبضِ ، انقطعَ التدبيرُ ، وإنْ قلنا : يَتبيَّنُ الملكُ مِن حين الهِبة ، قال الإمام[1] : ففي انقطاع التَّدْبير مِنْ حينِ الهبة تردُّدٌ . وكذا لو باعَ بشرط الخيار ، وقلنا : يزيلُ الملك ، فهل يبطلُ التَّدْبير قبلَ لزوم البيع ؟ فيه تَرَدُّدٌ .

والذي أطلقه البغويُّ[2] : أَنَّ البيعَ بشرطِ الخيارِ يبطلُ التدبير علىٰ القولَين .

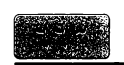
ولو باع نصفَ المدبَّرِ ، أو وهبَ وأقبضَ ، بَطَلَ التدبيرُ في النصفِ المبيع ، أو الموهوبِ ، وبقي في الباقي ، وهل يَبْطُلُ التَّدْبيرُ بالرهن[3] ؟ قيل : يَبْطُلُ ، وقيل : لا ، [١٣٣٥ / أ] والمذهبُ قولانِ؛ بناء علىٰ أنه وصيَّةٌ أو تعليقٌ ؟ ومجرَّدُ الإيجابِ في الهبةِ والرَّهن؛ إنْ جعلناه وصيَّةً ، كان علىٰ الخلاف في أنه رجوعٌ في الوصيَّة ، وإنْ جعلناه تعليقاً ، فلا أثَرَ له ، ولا يبطلُ التدبيرُ بالاستخدامِ ، والتزويجِ بلا خلاف ، وإذا جعلناهُ وصيَّةً ، بَطَلَ بالعَرْض علىٰ البيع ، وسائر ما ذكرناه في « باب الوصيَّة » ، لٰكنَّ الوطءَ ليس رجوعاً عن التَّدْبيرِ ، وإنْ جعلناهُ وصيَّةً ، سواءٌ عَزَلَ ، أم لا ، بخلاف الوصيَّةِ .

فإنِ استولَدها ، فالصحيحُ الذي قطعَ به الجمهورُ بطلانُ التَّدْبيرِ ؛ لأنَّ الاستيلادَ أقوىٰ ، فيرتفعُ به الأضعفُ ، كما يرتفع النكاحُ بملكِ اليمينِ؛ ولهٰذا لو دَبَّرَ مستولَدَتَهُ ، لم يصحَّ ؛ لأنها تستحقُّ العتقَ بالموتِ بجهةٍ أقوىٰ من التَّدْبير .

وقيل : لا يبطلُ التدبير ، ويكونُ لعتقها بالموتِ سببان .

---

(١) انظر : (نهاية المطلب : ١٩ / ٣٢٨) .
(٢) انظر : (التهذيب : ٨ / ٤١١) .
(٣) في المطبوع : « في الرهن » .



وقيل: لا يبطلُ؛ بل يدخلُ في الاستيلادِ، كالحَدَثِ في الجَنَابَةِ[١].

ولو كاتَبَ المدبَّرَ، ففي ارتفاعِ التدبيرِ وجهان؛ بناءً علىٰ أنه وصيَّةٌ، أم تعليقٌ. إن قلنا: وصيَّة، ارتفعَ، وإلَّا، فلا، فيكون[٢] مُدَبَّراً مُكَاتَباً، كما لو دَبَّرَ مكاتَباً، فإنْ أَدَّىٰ النجومَ، عَتَقَ بالكتابة، وإنْ مات السيدُ قبلَ الأداءِ، عَتَقَ بالتدبيرِ، فإن لم يحتمِلْهُ الثلُثُ، عَتَقَ قَدْرُ الثلُث، وبقيتِ الكتابةُ في الباقي، فإذا أدَّىٰ قِسْطَه، عَتَقَ، وهـٰذا نصُّ الشافعيِّ رحمَهُ اللَّه، وبه قطع الشيخ أبو حامد[٣]، وجماعةٌ.

وقال القاضي أبو حامد[٤]: يسألُ عن كتابته، فإذا أراد بها الرجوعَ عن التدبير، ففي ارتفاعِهِ القولانِ، وإلاَّ، فهو مُدَبَّرٌ مكاتَبٌ قطعاً.

وخرَّجَ الإمامُ علىٰ الخلاف في الكتابة، ما لو علّقَ عِتْق المُدَبَّر بصفَةٍ؛ لأنه لو أوصىٰ به، ثم علّقَ عِتقهُ بصفَةٍ، كان رجوعاً، وقطع البَغَوي[٥] بأنه يصحُّ التعليقُ بالصفَةِ، ويبقىٰ التدبيرُ بحاله، كما لو دَبَّرَ المعلَّقَ عِتقُهُ بصِفَةٍ، يجوز[٦].

ثم إنْ وُجدت الصفةُ قبلَ الموت، عَتَقَ، وإنْ مات قبلها، عَتَقَ بالتدبير.

فروع: قال: رجعتُ عن التدبير في نِصْفه، أو رُبُعه، بقي التدبيرُ في جميعه، إنْ قلنا: لا يكفي الرجوعُ باللَّفظِ، وإلَّا فيبقىٰ في باقيه فقط.

نصّ في « الأم » أنه إذا دَبَّرَ، ثم خَرِسَ، فإن لم يكن له إشارةٌ مفهومةٌ، ولا كتابةٌ، فلا مطلعَ علىٰ رجوعه.

وإنْ كانت له إشارةٌ، أو كتابةٌ، فأشار بالبيعِ ونحوِه، ارتفعَ التدبيرُ.

وإنْ أشَارَ بنفسِ الرجوعِ، فعلىٰ الخلاف.

ولو دَبَّرَ مكاتَباً، صَحَّ، فإنْ أدَّىٰ النجومَ قبل موتِ السيدِ، عَتَقَ بالكتابة، وبَطَلَ

---

(١) في (ظ): « الجناية ».
(٢) في (ظ): « يكون ».
(٣) الشيخ أبو حامدٍ: هو الإِسْفَرَاييني، أحمد بن محمد. سلفت ترجمته.
(٤) القاضي أبو حامدٍ: هو المَرْوَرُّوذِيُّ، أحمد بن بشر. سلفت ترجمته.
(٥) انظر: (التهذيب: ٨ / ٤١١).
(٦) في المطبوع: « تجوز ».

التدبيرُ. ولو عَجَّزَ نفسَه، أو عَجَّزَه سيدُه، بَطَلَتِ الكتابةُ، وبقي التدبيرُ.

ولو ماتَ السيدُ قَبْلَ الأداءِ والتعجيز، عَتَقَ بالتدبير إنِ احتمله الثلُثُ.

قال الشيخ أبو حامد: وتَبْطُلُ الكتابة.

قال ابن الصَبَّاغ: وعندي أنه يتبعُهُ ولده وكسبُهُ، كما لو أعتقَ السيدُ مكاتَبَه قبلَ الأداء، فكما لا يملكُ إبطال الكتابة بالإعتاق، فكذا بالتدبيرِ.

قال: ويحتملُ أَنْ يريدَ بالبطلان: زوالَ العقد دون سقوطِ أحكامه.

الأمرُ الثالِثُ: إن لم نجوِّزِ الرجوعَ عن التدبير باللَّفظِ، فإنكارُ السيدِ التدبيرَ ليس برجوع، وإنْ جوَّزناه، فهل هو رجوعٌ؟ وكذا إنكارُ [١٣٣٥ / ب] الموصِي الوصيَّة، والموكِّل الوكالة، هل هو رجُوع؟ ثلاثةُ أوجه.

أحدها: نَعَمْ؛ لأن هٰذه العقودَ عُرْضَةٌ للفسخ[1].

ولو قال: لستَ بمدَبَّرٍ، أو لستَ بوكيلٍ، أو ليس هٰذا موصًى به، وجبَ القطعُ بارتفاع هٰذه العقود، فكذا إذا قال: لم أُدَبِّرْ، ولم أوكِّلْ، ولم أُوصِ.

والثاني: لا؛ لأنه كذِبٌ فلم يؤثِّر.

والثالث، وهو الأصحُّ المنصوص: ترتفعُ الوكالةُ؛ لأن فائدتها العظمىٰ تتعلَّق بالموكِّل، ولا يرتفعُ التدبيرُ والوصيَّةُ؛ لأنهما عقدانِ يتعلَّق بهما غرضُ شخصَين، فلا يرتفعانِ بإنكارِ أحدِهما، وإنكارُ البيعِ الجائزِ ليس فَسْخاً، وفيه احتمال.

ولو أنكرَ الزوجيَّة، فليسَ بطلاقٍ علىٰ الأصحِّ.

ولو ادعت علىٰ زوجها طلاقاً رجعيّاً، فأنكرَ، لم يكن إنكارُهُ رَجْعَةً بالاتفاق.

وإذا ادَّعىٰ علىٰ سيده التدبيرَ، أو العتقَ بِصِفَةٍ، سُمعتِ الدعوىٰ علىٰ المذهب. وقيل: يسمعُ العتقُ بصفةٍ، وفي التدبيرِ الخلافُ.

وفي شهادةِ الحِسْبَة علىٰ التدبيرِ الخلافُ في سماع الدعوىٰ، وردُّ الشهادة أَوْلىٰ؛ لأن موضعَ شهادةِ الحِسْبة أَنْ يُثبتَ لله تعالىٰ حَقٌّ مجحودٌ، فيثبته الشاهدُ حِسبةً.

---

(١) في (أ، ظ): « الفسخ ».

ثم إذا توجّهت الدعوىٰ، وأنكرَ السيدُ، فله إسقاطُ اليمين عن نفسِه؛ بأن يقول: إنْ كنتُ دَبَّرْتُهُ فقد رجعتُ عنه، إذا جوَّزْنا الرجوعَ باللَّفظِ، وكذا لو قامت به بَـيِّنة، وحكمَ به الحاكم، فله الدفع بهـٰذا الطريقِ علىٰ هـٰذا القول.

ولو ادعىٰ علىٰ الورثة أَنَّ مورِّثَهم دَبَّرَهُ، وأنه عَتَقَ بموته، حلفوا علىٰ نفي العلم.

ولا يثبتُ التدبيرُ إلَّا بشهادة رجلَين؛ لأنه ليس بمالٍ، وثبتَ الرجوعُ برجل وامرأتَين، وشاهدٍ ويمين؛ لأنه مالٌ، وفيه وجه ضعيف؛ لأنه ينفي الحرِّية.

الرابعُ: مجاوزَةُ الثلُث، فَعِتْقُ المُدَبَّرِ مُعتبرٌ من الثلُثِ بعد الديون، فلو كان علىٰ الميتِ دَينٌ مستغرِقٌ للتركة، لم يَعْتِقْ منه شيء، وإن لم يكن دَيْن، ولا مالَ سواه، عَتَقَ ثلُـثُه، وإنْ كان دَينٌ يستغرِق نصفَه بيعَ نصفُه في الدَّين، ويَعْتِقُ ثلثُ الباقي منه.

وفي «تعليقة إبراهيمَ المَرُّوْذِيِّ[1]» أَنَّ الحيلة في عِتقِ الجميع بعد الموت، وإنْ لم يكن له مالٌ سواه؛ أَنْ يقولَ: هـٰذا العبدُ حُرٌّ قبلَ[2] مرضِ موتي بيوم، وإنْ مُتُّ فجأةً، فقبلَ موتي بيوم، فإذا مات بعد التعليقَين بأكثرَ من يوم، عَتَقَ من رأسِ المالِ، ولا سبيلَ عليه لأحَدٍ.

ولو اقتصرَ علىٰ قوله: «أنتَ حُرٌّ قبلَ موتي بيومٍ أو شهر»، فإذا ماتَ، نُظِرَ:

إنْ كان في أول اليومِ، أو الشهر قبلَ الموت مريضاً، اعتبرَ عِتْقه من الثلُثِ، وإنْ كان صحيحاً، فمِنْ رأسِ المالِ، ولا فرقَ في اعتبار التدبيرِ من الثلُثِ، بينَ أَنْ يقعَ التدبيرُ في الصحَّة، أو في المرض، كالوصيَّة.

فَرْعٌ: دَبَّرَ عبداً، وماتَ، وباقي مالِهِ غائبٌ عن بلدِ الورَثَة، أو دَيْنٌ علىٰ معسِر، فلا يَعْتِقُ جميعُ المُدبَّرِ، وهل يَعْتِقُ ثُلُـثُه؟ وجهان.

أحدُهما: نَعَمْ؛ لأنَّ الغَيبة لا تزيدُ علىٰ العَدَم. ولو لم يكن إلَّا العبدُ، لَعَتَقَ ثُلُثُه، فعلىٰ هـٰذا: ثُلُثُ أكسابِهِ بعد موتِ السيدِ له، ويوقَفُ الباقي.

وأصحُّهما: لا يَعْتِقُ حتَّىٰ يصلَ المالُ إلىٰ الورثة؛ لأن في تنجيزِ العتقِ تنفيذَ

---

(١) في المطبوع: «المروزي»، تحريف.

(٢) في (ظ): «بعد»، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٤٢٨).

التبرُّع قبلَ تسليط الورثة [١٣٣٦ / أ] على الثلثَين، فعلى هذا: تُوقفُ الأكسابُ؛ فإنْ حَضَرَ الغائبُ، بانَ أنه عَتَقَ، وأَنَّ الأكسابَ له.

ويقال: الخلافُ قولان.

الأولُ: مُخَرَّجٌ.

والثاني: منصوصٌ. فإذا كانت قيمةُ المدبَّرِ مئةً، والغائبُ مئتانِ، فحضرَ مِئَةٌ، فعلى الأولِ: يَعْتِقُ ثُلُثاه.

وعلى الثاني: نصفُهُ؛ لحصولِ مِثْليه للورثة، فإنْ حضرَتْ مِئةٌ وتلفَتِ المئةُ الأُخرى، استقرَّ العتقُ في ثُلُثَيه، وتسلَّطتِ الورثةُ على ثُلُثه وعلى المئةِ.

وفي طريقة الصَّيدلانِيِّ؛ تفريعاً على أنه يَعْتِقُ من المدبَّر ثلُثُه، أَنَّ للوارثِ التصرُّفَ في الثلثَين، فإنْ حضرَ الغائبُ نقضَ تصرّفه. وأنه لو أعتقَ[1] الثلثَين، ولم يحضرِ الغائب، فولاءُ الثلثَين له. وإنْ حَضَرَ، فعنِ ابْنِ سُرَيْجٍ، أَنَّ الجوابَ كذلك، وأنَّ فيه وجهاً: أن جميعَ الوَلاء للميت؛ بناء على أن إجازةَ الوارثِ تنفيذٌ، أم ابتداءُ عطيَّةٍ؟ واشتدَّ إنكارُ الإمام[2] على هذا، وقال: إعتاقُ الورثة رَدٌّ للتدبير، ولا سبيلَ إليه بسبب غَيبة المال؛ بلِ الوجْهُ التوقُّفُ، فإنْ حضَرَ الغائبُ، بانَ نفوذُ العتقِ في الجميع، ولكنْ مُستنداً[3] إلى وقتِ الموتِ، أم عندَ حصولِ القدرة؟ فيه احتمالانِ.

أوجهُهما: الأولُ.

قال: ولو كانت التركة بحيث يفي ثلثُها بالمدبَّرِ، لكن عليه دَيْن مستغرِق، فأبرأ مستحقّ الدَّين عن الدَّين بعد أيام من الموتِ، فيستندُ[4] العتق إلى وقت الموتِ، أم يتنجَّزُ من وقتِ سقوطِ الدَّين؟ فيه احتمالانِ.

أصحُّهما: الثاني[5].

---

(١) كلمة: « أعتق » وردت مكررةً في المطبوع.
(٢) انظر: (نهاية المطلب: ١٩ / ٣١٣).
(٣) في (ظ)، والمطبوع: « مستند »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٤٢٩).
(٤) في (ظ)، والمطبوع: « فيسند »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٤٢٩).
(٥) انظر: (نهاية المطلب: ١٩ / ٣١٤).

ولو كان له دَينٌ علىٰ إنسان ليس له غَيره، فأبرأ عنه في مرضِ الموتِ، أو عن ثُلُثه، هل تحصلُ البراءةُ عن الثلُثِ قبلَ وصول الثلثَين ؟ فيه الخلافُ.

الأصحُّ: المنعُ.

ويجري الخلاف فيما لو مات عن ابنَين، ولم يترُكْ إلَّا دَيناً علىٰ أحدِهما، هل يبرأُ مَنْ عليهِ الدَّينُ من نِصْفِهِ ؟

ولو أوصىٰ بِعَين(١) مالٍ يخرجُ من الثُلثِ، وباقي مالِهِ غائبٌ، هل يسلَّمُ إلىٰ الموصَىٰ لَه ثلث العَين، أم ينتظرُ حضور الغائبِ ؟ فيه الخلافُ، وقد سبق في « الوَصَايا ».

ولو أوصىٰ بثلُثِ مالِهِ، وبعضُه حاضِرٌ، وبعضُه غائِب، أو عَين ودَين دفعَ إلىٰ الموصىٰ له ثلُث الحاضرِ والعَين، وما حصلَ بعدَه قسمَ كذٰلك.

فَرْعٌ: إذا علّقَ عِتق عبدٍ بصفَةٍ، فوجدَتْ في مرضِ موتهِ، نُظِرَ:

إنْ كان التعليقُ بصفةٍ لا توجَدُ إلَّا في المرضِ، كقوله: إنْ دخلت الدارَ في مرضِ موتي، فأنتَ حُرٌّ، أو إذا مرضتُ مرضَ الموتِ، فأنتَ حُرٌّ، اعتبرَ عِتْقه من الثلُثِ. وإنِ احتملَ وجودها في الصحَّة والمرض، فهل يَعْتِقُ من رأسِ المالِ، أم الثلُثِ ؟ قولانِ.

أظهرُهما: الأولُ، هٰذا إنْ وجدتِ الصفةُ بغيرِ اختيارِهِ، فإنْ وجدَتْ باختيارِهِ، اعتبرَ من الثلُثِ؛ لأنهم قالوا: لو قال: إنْ دخلت الدار، فأنتَ حُرٌّ، فدخلها في مرضِهِ، اعتبرَ العِتق من الثلُثِ؛ لأنه اختارَ حصولَ العتق في مرضه.

ولو باعَ الصحيحُ مُحاباةً، وشرطَ الخيار، ثم مرضَ في مدَّة الخيار، ولم يفسخْ حتَّىٰ ماتَ، اعتبرتِ المحاباةُ من الثلُثِ؛ لأنه لزمَ العقد في المرض باختياره، فأشبهَ مَنْ وهبَ في الصحَّة، وأقبضَ في المرض.

قلتُ: إنما يظهرُ هٰذا إذا قلنا: المِلْكُ في مدَّةِ الخيارِ للبائع، وتركَ [الفسخ] عامِداً، لا ناسياً. **واللهُ أعلمُ.**

---

(١) في المطبوع: « بغير ».

فروعٌ[١]: علّقَ عتق عبدٍ بصفَةٍ [١٣٣٦ / ب] وهو مطلقُ التصرُّف، فوُجدَتْ وهو محجورٌ عليه بِفَلَسٍ، عَتَقَ إنِ اعتبرْنا حالَ التعليقِ، وإنِ اعتبرْنا حالَ وجودِ الصفةِ، فهو كإعتاق المفلسِ.

ولو وُجدت الصفةُ، وهو مجنونٌ، أو محجورٌ عليه بسَفَهٍ، عَتَقَ بلا خلافٍ، ذكره البغويُّ[٢]، وفرّقَ بأَنَّ حَجْرَ المريضِ والمفلسِ؛ لِحَقِّ الغَير، وهو الورثةُ والغُرَماء، بخلافِ السَّفَهِ والجُنون.

ولو قال: إنْ جُنِنْتُ فأنتَ حُرٌّ، فَجُنَّ، ففي العتق وجهانِ، حكاهما صاحب « الإفصاح »[٣]، وقد يخرَّجُ هـٰذا فيما لو كان التعليقُ بصفةٍ غيرِ الجنون، فوجدَتْ في الجُنونِ.

ولو قال: إنْ مرضتُ مَرَضاً مَخُوفاً فأنتَ حُرٌّ، فمرضَ مرضاً ماتَ فيه، عَتَقَ العبدُ مِنَ الثلُثِ علىٰ الصحيح.

وقيلَ: مِنْ رأسِ المالِ.

ولو مرضَ مَرضاً مَخُوفاً، وبَرَأَ منه، عَتَقَ من رأسِ المال.

وقيل: لا يَعْتِقُ؛ أَخْذاً من الخلافِ فيمن حُجَّ عنه، وهو مَعْضُوبٌ[٤]، [فَبَرَأَ، وهـٰذا ضعيف].

الأمرُ الخامسُ: جنايةُ المُدَبَّرِ. اعلمْ: أَنَّ الجنايةَ علىٰ المُدَبَّرِ، كهيَ علىٰ القِنِّ[٥]، فإنْ قُتِلَ، فللسيدِ القصاصُ أو القيمةُ، ولا يلزمُهُ أَنْ يشتريَ بها عبداً يدبِّرهُ، وإنْ جُنِي علىٰ طَرَفِهِ، فللسيدِ القصاصُ والأَرْشُ، ويبقىٰ التدبيرُ بحالِهِ.

أَمَّا جنايةُ المدبَّر، فهو فيها كالقِنِّ أيضاً، فإنْ جَنىٰ بما يوجِبُ القصاصَ، فاقتصَّ

---

(١) في المطبوع: « فرع ».
(٢) انظر: (التهذيب: ٨ / ٤١٣).
(٣) **صاحبُ الإفصاح**: هو أبو عليٍّ الطبريُّ. انظر: (تهذيب الأسماء واللغات: ٢ / ٥٥٥).
(٤) في (أ) زيادة: « من رأسِ المالِ ».
(٥) **القِنّ**: هو عند الفقهاء: مَنْ لم يحصل فيه شيءٌ من أسبابِ العتقِ، ومقدِّماته، بخلاف المكاتَب، والمدبَّر، والمعلَّق عتقه علىٰ صفةٍ، والمستولدة (تهذيب الأسماء واللغات: ٣ / ٥٣١).

منه، فاتَ التدبيرُ، وإنْ جنىٰ بموجِبٍ للمالِ[1]، أو عُفي عن القصاصِ، فللسيدِ أَنْ يفديَهُ، وأَنْ يسلِّمَهُ ليباعَ في الجناية، فإنْ فداه، بقيَ التدبيرُ. وهَلْ يفديهِ بأَرْشِ الجنايةِ، أَمْ بالأقلِ مِنْ قيمتِهِ والأَرْش ؟ فيه القولانِ السابقانِ في القِنِّ.

وإن سلَّمه للبيع، فبيعَ جميعُه، بَطَلَ التدبيرُ، فإنْ عاد إلىٰ مِلْكه، ففي عَوْد التدبيرِ الخلافُ السابقُ في أول الباب، وإنْ حصلَ الغرضُ ببيع بعضِه، بقي التدبيرُ في الباقي.

وإنْ مات السيدُ قبلَ البيعِ، واختيارِ الفداءِ، فطريقانِ.

أصحُّهما: [أَنَّ] حصولَ العتقِ علىٰ الخلافِ في نُفوذ عِتقِ الجاني، فإن نَفَّذْناه أخذَ الفداء من تركةِ السيدِ، ويكونُ الفداءُ أقلَّ الأمرَين بلا خِلاف؛ لأنه تعذَّر تسليمه للبيع، وإن لم ننفِّذْهُ، فالوارثُ بالخيار بين أَنْ يفديَهُ، فَيَعْتِق من الثلُث، أو يسلِّمه للبيع.

وإنْ كان في ثلُثِ المال سَعَةٌ، فإذا بيعَ، بَطَلَ التدبيرُ. وقد سبق في « البيع » أَنَّ المذهبَ أَنَّ إعتاقَ الجاني ينفذُ من الموسِر دون المعسِر.

والطريق الثاني: أنه إنْ وفىٰ الثلُث بقيمة الرقبة والفداء، لزمَ الورثة تحصيل العتقِ، وإلاَّ فيخرَّج علىٰ هـٰذا الخلاف.

ولو كانت جنايةُ المُدَبَّر تستغرقُ ثلُثَ الرقَبة مثلاً، وماتَ السيدُ، ففداه الوارثُ مِنْ مالِهِ، ففي وَلاء ذٰلك الثلُث وجهانِ: هل هو للوارِث، أو المورثِ؛ بناءً علىٰ أَنَّ إجازة الوارثِ تنفيذٌ أم عطيَّةٌ ؟. ولو جَنَتْ مُدَبَّرةٌ، ولها ولد صغيرٌ، وقلنا بِسِرَاية التدبيرِ إليه، فوجهانِ. أحدُهما: يبيعُ الولد معها؛ حَذَراً من التفريق، ولا يبالي بفوات التدبيرِ فيه. والثاني، يبيعُها وحدَها، ويحتملُ التفريق للضرورة؛ حفظاً للتدبير في الولد، وهو كالخلافِ فيمن رَهَنَ الجاريةَ دون الولد، واحتَجْنا إلىٰ بيعِها، للدَّين، هل يباعُ معها ؟

الحكمُ الثاني: السِّرَايةُ إلىٰ الولدِ، يجوزُ وطءُ المدَبَّرةِ والمعلَّقِ عتقُها بصفةٍ؛ لكمالِ المِلْك، ونفاذِ التصرُّف، فإنْ أولدَها [١٣٣٧ / أ] صارت مستولَدَةً، وبَطَلَ التدبيرُ علىٰ الأصحِّ، كما سبقَ.

---

(١) في (ظ): « المال ».

وفائدة الخلاف فيما لو قال: كُلُّ مُدَبَّرٍ لي حُرٌّ، هل تَعْتِقُ هي ؟

ولو أتت المدبَّرةُ بولد من نكاحٍ أو زِنًى، سرىٰ التدبيرُ إليه علىٰ الأظهر عندَ الأكثرين، منهم الشيخان: أبو حامدٍ، والقَفَّالُ، وهو مذهب مالك، وأبي حنيفةَ، وأحمدَ، رحمهم الله، كما يتبعُ ولدُ المستولدَةِ، والأضحيَّةِ والهَدْيِ أُمَّهُ.

قلتُ: بل الأظهرُ عند الأكثرينَ أنه لا يتبعُها[1]. **والله أعلمُ.**

ولو ولدتِ المعلَّقُ عتقُها بصفَةٍ، لم يتبعْها الولدُ علىٰ الأظهر، وولدُ الموصىٰ بها لا يتبعها علىٰ المذهب. وقال الشيخ أبو محمد: يحتملُ طَرْد القولَين، فإذا جعلنا ولدَ المدبَّرَةِ مُدَبَّراً، فماتت في حياة السيدِ، لم يبطلِ التدبيرُ في الولد، كما لو دَبَّرَ عبدَين، فمات أحدُهما قبلَ السيدِ، وكما لو ماتتِ المستولَدَة لا يبطُل حقّ الولد.

ولو رجعَ السيدُ عن تدبير أحدِهما باللَّفْظِ، وجوَّزْناه، أو باع أحدهما، لم يبطل التدبيرُ في الآخَر.

ولو كان الثلثُ لا يفي إلاَّ بأحدهما فوجهانِ.

أصحُّهما، وبه قال ابْنُ الحَدَّاد: يقرعُ بينهما، كعبدَين ضاقَ الثلث عنهما.

والثاني: يقسم العتق عليهما؛ لئلاَّ تخرج القرعةُ علىٰ الولد، فَيعْتِقُ، وَيرِقُّ الأصلُ.

وإذا قلنا: المعلَّقُ عِتقُها بصفة يتبعُها الولدُ، فمعناه أَنَّ الصفَة إذا وجدَت فيها، وعَتَقَتْ، عَتَقَ الولدُ، ولا تعتبرُ الصفةُ فيه. ولو وُجِدَتِ الصفةُ منه، فلا أَثَر لها. هٰذا هو الصحيحُ المعروف في المذهب.

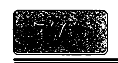
وقال الشيخ أبو محمد: مُقتضىٰ سراية التعليق أَنْ يتعلَّقَ[2] عتقُهُ بنفسِ الصفةِ، وهي دخولُ الدار مثلاً، فعلىٰ هٰذا: لا يَعْتِقُ هو بدخولها، وَيَعْتِقُ بدخوله.

ولو بَطَلَ التعليقُ فيها بموتها، بَطَلَ في الولد. ومُقْتضىٰ قول الشيخ أبي محمد أَنْ لا يَبْطُلَ فيه.

---

(١) في (ظ) زيادة: « ومنهم (الر) كذا عند الشيخ ألف، لام، راء، ولعلَّه أراد: الرافعيَّ رَحِمَهُ اللهُ؛ فإنه ذكر في « المحرّر » أنَّ الولد لا يتبعها، وكذا صحّحه صاحب التنبيه ».

(٢) كلمة: « يتعلَّق » ساقطة من المطبوع.



ولو قال لأَمتِهِ: أنتِ حُرَّةٌ بعد موتي بعشرِ سنين مثلاً، فإنما تَعْتِقُ[1] بعدَ مضيِّ تلك المدة من يومِ الموتِ، فلو ولدَتْ قبلَ موتِ السيدِ، فهل يتبعُها الولدُ في حكمِ الصفَةِ؟ فيه القولان.

وإنْ ولدَتْ بعد موت السيدِ وقبلَ مضيِّ المدَّة، فقد نصَّ الشافعيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ أنه يتبعُها، فقيل: فيه القولان كما قبلَ الموت، وإنما فرّعَ علىٰ أحدهما.

وقيل: يتبعُها قطعاً؛ لتأكُّدِ سببِ العتق؛ إذْ ليس للوارث التصرُّف فيها، فأشبهت المستولَدَة، فعلىٰ هـٰذا: يَعْتِقُ الولدُ من رأسِ المالِ كولَدِ المستولَدَةِ، وأَمَّا ولَدُ المدبَّر، فلا يؤثِّر تدبير أبيه فيه، وإنما يتبعُ الأمَّ في الرقِّ والحرِّية.

فَرْعٌ: هـٰذا الذي ذكرناه في ولد المُدَبَّرَةِ، هو فيما إذا حدَثَ بعد التدبير، وانفصلَ قبلَ موتِ السيد، فأما إذا كانت حاملاً عند موتِ السيد، فَيَعْتِقُ معها الحَمْلُ بلا خلاف، كما لو أعتقَ حاملاً، فإن لم يحتمِلْها الثلُث حاملاً، عَتَقَ منها قَدْرُ الثلُث.

وكذا المعلَّق عِتقها علىٰ صفَةٍ لو كانت حاملاً عند وجودِ الصفَةِ.

ولو كانت المدبَّرةُ حاملاً عند التدبير، فطريقان.

أحدُهما: أنه علىٰ القولين في أَنَّ الحَمْلَ [١٣٣٧ / ب] هل يعرَفُ؟ إن قلنا: نَعَمْ، وهو الأظهر، فالولَدُ مُدَبَّرٌ، وإلاَّ ففيه القولانِ في الولدِ الحادِث، والمذهبُ القطع بأنه مُدَبَّرٌ.

وإنْ قلنا: لا يعرفُ الحَمْل، كما يدخلُ في البيع. وإن قلنا: لا يعرفُ، وليس هو بِسِراية التدبيرِ؛ بل اللَّفظُ يتناوله؛ وإنما يعرفُ كونه موجوداً عند التدبير، إذا ولدَتْه لدونِ ستةِ أشهرٍ؛ فإنْ ولدَتْه لأكثَر من أربع [سنين] من وقتِ التدبيرِ، فهو حادِث، وإن ولدَتْه لِما بينهما، نُظِرَ:

هل لها زوجٌ يفترشُها، أم لا؟ وقد سبقَتْ نظائره في مواضعَ.

وإنْ كان لها زوجٌ قد فارقها قبلَ التدبير، وولدَتْ لدون أربعِ سنينَ من وقتِ الفِراق، فالأظهرُ أنه يجعلُ موجوداً يومَ التدبير، كما يجعلُ موجوداً في ثبوتِ النسَب من الزوج.

---

(١) في المطبوع: « يعتق ».

فَرْعٌ: إذا ثبتَ التدبيُر في الحَمْلِ، ثم انفصَلَ، فرجوعُ السيدِ في التدبيرِ عن أحدِهما لا يرفعُ التدبيرَ في حَقِّ الآخَر.

وإنْ رجعَ قبلَ الانفصالِ عن تدبيرِ الحَمْل، وجوَّزْنا الرجوعَ باللَّفظ، ارتفعَ التدبيرُ فيه، وبقي في الأُمِّ.

وقيل: لا يصحُّ الرجوعُ فيه ما دام حَمْلاً مع بقاء التدبير في الأم، والصحيحُ: الأولُ.

وإنْ رجَع في تدبيرِ الأُمِّ، نُظِرَ:

إنْ قال: رجعتُ في تدبيرها دونَ الولد، لم يَخْفَ حُكْمُهُ، وإنْ أطلقَ، فوجهانِ.

أحدُهما: يتبعُها في الرجوع، كما يتبعُها في التدبير.

وأصحُّهما: لا يتبعُها، كالرجوعِ بعد الانفصالِ، بخلاف التدبيرِ؛ فإنَّ فيه معنىٰ العتق، وللعتقِ قُوَّةٌ.

وإذا رجعَ في تدبيرها دونَ الولَد، ثم ولدَتْ لدون ستة أشهر من وقتِ الرجوع، فهو مُدَبّر. وإنْ أتت به لأكثَر من ذٰلك، ولها زوجُ يفترشُها، لم يكن مُدَبَّراً؛ لأنه لا يعلمُ وجوده قبلَ الرجوعِ.

فَرْعٌ: لو دَبَّرَ الحَمْلَ وحدَه، جاز، كما لو أعتقَه، ولا يتعدَّىٰ إلىٰ الأُم، فإذا ماتَ السيدُ، عَتَقَ الحملُ دون الأم.

فإنْ باعَ الأمَّ، فوجهانِ.

أحدُهما: أنه إنْ قصدَ به الرجوع، حصلَ الرجوعُ، وصحَّ البيعُ في الأمِّ والحَمْلِ.

وإنْ لم يقصِدْ، لم يَحْصلِ الرجوعُ، فلا يصحُّ البيع في الولدِ، ويَبْطُلُ في الأمِّ علىٰ الأصحِّ، كما لو باع حامِلاً بحُرٍّ.

وأصحُّهما: صحةُ البيع فيهما، وحصولُ الرجوعِ، قصدَ أم لا، كَما لو باع المدبَّر ناسياً للتدبيرِ، صحَّ البيعُ والرجوعُ.

فَرْعٌ: لو دَبَّرَ أَمَةً، وقلنا: ولَدُ المُدَبَّرَةِ مُدَبَّرٌ، وجوَّزْنا الرجوعَ عن التدبيرِ باللَّفظ، فقال: إذا ولدَتْ، أو كلَّما ولدَتْ ولداً فقد رجعتُ في تدبيره، لم يصحَّ الرجوعُ، فإذا ولدَتْ، كان مُدَبَّراً حتَّىٰ يرجعَ بعد الولادة؛ لأنَّ الرجوعَ لا يصحُّ إلَّا بعد ثبوت التدبيرِ، ولا يثبتُ للولد قبل الولادةِ، فصار كما لو قال: إذا دَبَّرْتُك فقد رجعتُ عن تدبيرك، فلا يصحُّ الرجوعُ.

فَرْعٌ: إذا قلنا: وَلَدُ المُدَبَّرَةِ مُدَبَّرٌ، وتنازعَ السيدُ والمدبَّرَةُ فيه، فقال السيدُ: ولدته قبل التدبيرِ، فهو قِنٌّ، وقالت: بعدَه، صُدِّقَ السيدُ بيمينه.

ولو جرىٰ هٰذا الخلاف مع الوارث بعد موتِ السيدِ، صُدِّقَ الوارث أيضاً.

قال البغويُّ(١): وتسمَعُ دعواها لولدها(٢) حِسْبَةً، حتَّىٰ لو كانت قِنَّةً، وادَّعت علىٰ السيد أنك دَبَّرْتَ ولدي، سُمِعَتْ.

ولو قالت: ولَدْته بعدَ موت السيدِ، فهو حُرٌّ، وقال الوارِث [١٣٣٨ / أ]: بل قبلَ التدبيرِ، صُدِّقَ الوارثُ علىٰ الصحيح. وقيل: تصدَّقُ هي؛ لأنها لم تعترِفْ للورثة بيَدٍ، ولا مِلْكٍ.

ولو كان في يَدِ المدبَّرِ مالٌ، وقال: كسبتُهُ بعد موتِ السيدِ، فهو لي، وقال الوارثُ: بل قبلَه فهو لي، صُدِّقَ المدبَّرُ بيمينه؛ لأن اليدَ له، بخلافِ دعواها الولد؛ لأنها تزعمُ أنه حُرٌّ، والحُرُّ لا يدخلُ تحتَ اليدِ.

ولو أقامَ كُلُّ واحدٍ بَـيِّنَةً بدعواه، رجّحَتْ بَـيِّنة المدبَّر؛ لاعتضادِها باليد.

ولو أقام الوارثُ بَـيِّنَةً أَنَّ هٰذا المال كان في يد المدَبَّرِ في حياةِ السيدِ، فقال المدبَّرُ: كان في يدي، لٰكن كان لفلان، فملكته بعد موتِ السيدِ، صدِّقَ المدبَّرُ أيضاً، نصَّ عليه.

ولو تنازعَ السيدُ والمستولَدة في ولدها، هل ولَدَتْهُ قبلَ الاستيلادِ، أم بعده؟ أو الوارث والمستولَدَة، هل ولَدَتْه قبل موتِ السيدِ، أم بعدَه؟ فهو علىٰ ما ذكرنا في تنازع السيدِ والمدبَّرةِ.

---

(١) انظر: (التهذيب: ٨ / ٤١٧).
(٢) كلمة: «لولدها» ساقطة من المطبوع.

فإذا قلنا بِسِراية الكتابةِ إلىٰ الولدِ، فقالت المكاتَبةُ: ولدتهُ بعد الكِتَابة، وقال السيدُ: بل قبلَها، صُدِّقَ السيدُ أيضاً علىٰ الأصحِّ، وقيل: بل المكاتَبة؛ لأنها يثبتُ [لها] اليد علىٰ نفسها وولدها.

ولو اختلفَ السيدُ والمكاتَب في المال، صُدِّقَ المكاتَب، كالمدَبَّر.

فَصْلٌ: دَبَّرَ عبداً، ثم مَلَّكَه أمَةً، فوطئها، وأولَدَها، فإنْ قلنا: العبدُ لا يملكُ بالتمليك، فالولدُ للسيدِ، ويثبتُ نسبُهُ من العبدِ، ولا حَدَّ عليه؛ للشُّبهة، نصَّ عليه.

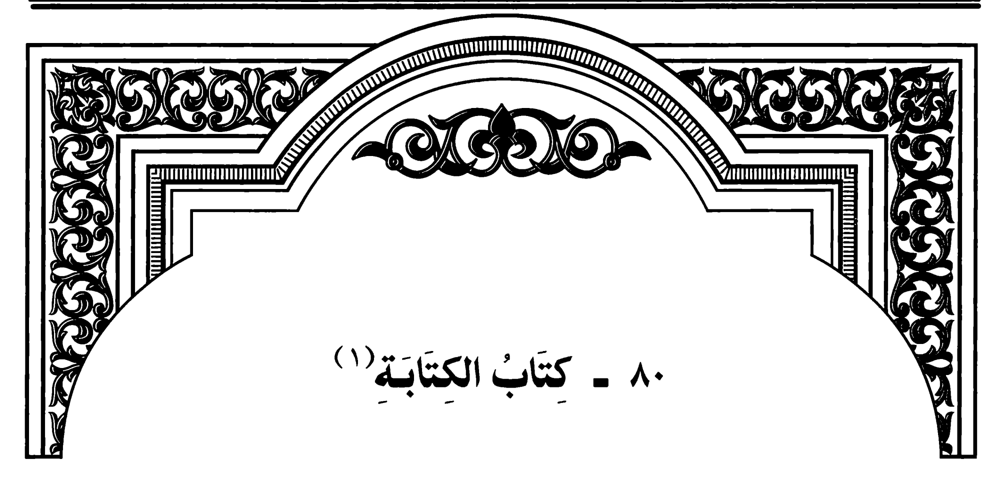
وإن قلنا: يملكُ بالتمليك، فالجارية للمدَبَّر، ولا يحكمُ للولد بحرِّية؛ لأنه حَصَلَ من رقيقَين. وهل يتبعُ الأمَّ، ويكون رقيقاً للسيدِ، أم يتبعُ الأبَ، فيكون مُدَبَّراً ؟

فَرْعٌ: أَمَةٌ لرجلَين، دَبَّرَاها، فأتَتْ بولد، فادَّعاه أحدُهما، فهو ابنُهُ، ويضمنُ نصفَ قيمتها، ونصفَ قيمتِهِ، ونصف مهرِها لشريكِهِ، وأَخْذُ قيمتها يكون رجوعاً في التدبير.

وقال القاضي أبو الطيِّب: عندي أنه لا يقوَّمُ نصيبُ الشريك إلَّا برضاه؛ لأنه ثبتَ له حَقُّ الوَلاءِ فيه.

فَرْعٌ: قولُ المُدَبَّرِ في حياة السيدِ وبعدَ موتِهِ: رَدَدْتُ التدبيرَ، لَغْوٌ، لا يقدحُ فيه. وبالله التوفيقُ.

✍ ✍ ✍



٨٠ ـ كِتَابُ الكِتَابَةِ[(١)]

لا يجبُ على السيدِ أَنْ يكاتِبَ عبدَه، وحكى صاحب « التقريب »[(٢)] قولاً: أَنها واجبةٌ إذا طلبها العبدُ؛ لقولِ الله تعالى: ﴿ فَكَاتِبُوهُمْ ﴾ [النور: ٣٣] والمشهورُ: الأولُ، وبه قطعَ الجماهيرُ، كما لا يجبُ التدبيرُ وشراءُ القريبِ، والآيةُ محمولةٌ على الندْبِ، فتستحبُّ الإجابة إذا طلبها العبدُ، وكان أميناً قادراً على الكَسْبِ، فإِنْ فُقِدَ الشرطان، لم تُستحبَّ، ولكن لا تُكرهُ؛ لأنها قد تُفضي إلى العتق.

وقال ابْنُ القَطَّان: تُكرَهُ، والصحيحُ: الأولُ.

وإنْ فُقِدَتِ الأمانةُ، وقَدَرَ على الكسْبِ، لم تُسْتحبَّ على الصحيح.

وقيل: تُستَحبُّ دون الاستحباب مع الشرطَين، وإن كان أميناً بلا كسْبٍ، لم تُستحَبَّ على الأصحِّ.

---

(١) **الكتابة**: الأشهر في كافها الكسر، وهي: تعليق عتقٍ بصفة تضمنت معاوضةً منجَّمةً، ولفظها إسلاميٌّ لا يعرف في الجاهلية، وهي معدولة عن القياسِ؛ لأنها بيع ماله بماله، سُمِّيت كتابة للعرف الجاري بكتابة ذٰلك في كتاب توثقه.

وقيل: مشتقَّة من الكَتْبِ، وهو الضمُّ والجمعُ؛ إذْ فيها ضَمُّ نَجْمٍ إلىٰ نجمٍ.

والنجم: الوقتُ الذي يحلُّ فيه نجم مال الكتابة، سميت بذٰلك؛ لأن العرب ما كانت تعرف الحساب والكتابة، وإنما تعرف الأوقات بالنجوم، وهي ثمانية وعشرون نجماً منازل القمر، فسميت باسمها مجازاً.

قيل: وأول من كوتب عبد لعمر يقال له: أبو أمية. انظر: (نهاية المطلب: ١٩ / ٣٣٥)، و(فتح العزيز: ١٣ / ٤٤١ ـ ٤٤٢)، و(مغني المحتاج: ٤ / ٥١٦)، و(النجم الوهَّاج: ١٠ / ٥٣١)، و(الموسوعة الفقهية: ٣٨ / ٣٦٠ ـ ٣٦١).

(٢) **صاحبُ التقريب**: هو أبو الحسن، القاسم بن القَفَّال الشاشي الكبير.

ولو طلبَ السيدُ الكتابةَ، فامتنعَ العبدُ، لم يجبِرْهُ.

وفي الكتاب[١] بابان.

الأول: في أركان الكتابة، وهي أربعةٌ:

الأول: الصِّيغة، وهي أَنْ يقول لعبده: كاتَبْتُكَ علىٰ ألفٍ مثلاً [١٣٣٨ / ب] تؤدِّيه إليَّ في نجمَين[٢] مثلاً، أو أكثرَ، فإذا أدَّيْتَ فأنتَ حُرٌّ، فيقول العبدُ: قَبِلْتُ.

ولو لم يصرِّحْ بتعليقِ الحرِّية بالأداءِ، لٰكن نواهُ بقوله[٣]: كاتبتُكَ علىٰ كذا، صحَّتِ الكتابةُ أيضاً، فإِنْ لم يصرّحْ بالتعليق، ولا نواهُ، لم تصحَّ[٤]، ولم يحصلِ العتقُ.

ومنهم مَنْ خَرَّجَ من التدبير قولاً: أَنَّ لفظ الكتابة صريحٌ مُغْنٍ عن التصريح بالتعليق ونيته، وقد سبق في « التدبير » عن أبي إسحاق أنه قال: إِنْ كان الرجلُ فقيهاً، صحَّت كتابتُهُ بمجرَّد اللَّفظ، وإلَّا، فلا بدَّ من التعليق، أو نيَّته، والمذهبُ: الأولُ.

والفرْقُ بين التدبيرِ والكتابة: أن التدبيرَ مشهورٌ بين الخواصِّ والعَوام، والكتابةُ لا يعرفُها العوامُّ، وقد نقلوا عن أبي إسحاق: أنه قال علىٰ هٰذا: لو كان قريبَ الإسلام، أو جاهلاً بالأحكام لا يعرفُ التدبيرَ، لم ينعقدْ تدبيرُهُ بمجرَّدِ لفظه التدبير، حتَّىٰ تنضمَّ إليه نيةٌ، أو زيادةُ لفظ.

وحُكي وجهٌ: أنه إِنْ ذكرَ ما تتميزُ [به] الكتابةُ عن المُخَارجة، كفىٰ، كقوله: تعاملني، أو أضمنُ لك أَرْشَ الجناية، أو تستحق[٥] مِنِّي الإِيتاء، أو مِنَ الناسِ [سهم الرقاب]، فيكفي عن تعليق الحرّية بالأداءِ. ولا خلاف أنه لا يكفي قولُهُ: كاتبْتُكَ وحده، كما إذا قال: بعتُكَ كذا ولم يذكُرْ عِوَضاً.

---

(١) في المطبوع: « الكتابة ».

(٢) **نجمين**: النجم في الأصل: الوقتُ، يقال: كانت العرب لا يعرفون الحساب، ويبنون أمورهم علىٰ طلوع النجوم والمنازل، فيقول أحدُهم: إذا طلع نجمُ الثريَّا أديتُ من حقكَ كذا، فسمِّيت الأوقاتُ نجوماً، ثم قد يسمَّىٰ المؤدَّىٰ في الوقتِ نجماً (فتح العزيز: ١٣ / ٤٥٣).

(٣) في (فتح العزيز: ١٣ / ٤٤٣): « بقلبه » بدل: « بقوله ».

(٤) في المطبوع: « يصح ».

(٥) في المطبوع: « يستحق ».

فَرْعٌ: قال: أنتَ حُرٌّ علىٰ ألفٍ، فَقَبِلَ، عَتَقَ في الحال، وثبتَ الألفُ في ذمتهِ، وهو كقوله لزوجتِهِ: أنتِ طالقٌ علىٰ ألف، فَقَبِلَتْ.

ولو قال: إِنْ أَعطيتَني ألفاً، أو أدَّيتَ لي ألفاً، فأنتَ حُرٌّ، فلا يمكنهُ أَنْ يعطيَه من مالِ نفسهِ؛ لأنه لا يملكُ. فلو أعطاهُ من مالِ غيرِه، هل يَعْتِقُ ؟ وجهانِ.

أصحُّهما: لا.

والثاني: نَعَمْ، فعلىٰ هـٰذا: هل سبيلُهُ سبيل الكتابة الفاسدَة، أم تعليقٌ مَحْضٌ ؟ وجهانِ، فإِنْ قلنا: كتابةٌ فاسدة، ردَّ السيد ما أخذَ، ورجعَ علىٰ العبد بقيمته، وتبعَهُ كسبُهُ وأولادُه الحاصلةُ بعد التعليق.

وإنْ قلنا: تعليقٌ، فهل يرجعُ عليه بقيمته ؟ وجهان.

أصحُّهما: لا، ولا يتبعُهُ الكسْبُ والولَدُ، بخلاف ما إذا قال لزوجته: إِنْ أعطَيتني ألفاً، فأنتِ طالق، فأعطتْهُ مغصوباً، وقلنا: تطلقُ؛ فإنه يرجعُ عليها؛ لأنها أهلٌ للالتزامِ وقتَ المخاطبة، بخلافِ العبدِ.

فَرْعٌ: قال لعبده: بعتُكَ نفسَك بكذا، فقال: اشتريتُ، أو قال العبدُ: بِعْني نفسِي بكذا، فقال: بعتُكَ، صَحَّ البيعُ، وثبتَ المالُ في ذمته، وعَتَقَ في الحالِ، كما لو أعتقَهُ علىٰ مال.

وذكر الرَّبيعُ[1] قولاً: أنه لا يصحُّ. فمن الأصحابِ من أثبتَه قولاً ضعيفاً، ومنهم من نفاه، وقال: هو تخريجٌ له، فعلىٰ المذهبِ: للسيدِ الولاءُ، كما لو أعتقَهُ علىٰ مال، وفيه وجهٌ سبقَ.

ولو أقرَّ السيدُ بأنه باعه نفسَه، فأنكرَ العبدُ، عَتَقَ بالإقرار، وحلفَ أنه لم يَشْتَرِ، ولا شيءَ عليه. ولو قال: بعتُكَ نفسَك بهـٰذه العَين، أو بخمر، أو خِنزير، فإِنْ صَحَّحنا بيعَهُ له، وأثبتنا الولاءَ للسيدِ، عَتَقَ، وعليه قيمتُهُ، كما لو قال: أعتقتُكَ علىٰ

---

(١) **الربيع:** هو ابن سليمان المرادي. قال المصنف في (تهذيب الأسماء واللغات: ١ / ٤٥٧): « واعلم: أنَّ الربيع حيث أطلق في كتب المذهب، المرادُ به: المراديّ، وإذا أرادوا الجيزيَّ: قيَّدوه بالجيزي ».

خمر، أو خِنزير، فإنْ قلنا: لا ولاءَ عليه، لم يَصِحَّ، ولم يَعْتِقْ، كما لو باعه لأجنبيٍّ بخمر.

ولو قال: وهبْتُ لك نفسَك، أو مَلَّكْتُكَ، فَقَبِلَ، عَتَقَ.

ولو أوصىٰ له برقبته، فَقَبِلَ بعد الموتِ، عَتَقَ.

واعلمْ: أَنَّ الإعتاقَ علىٰ عِوَض، وبَيْعَ العبدِ نفسه[1]، يشاركانِ الكتابةَ في أنَّ كلَّ واحدٍ منها يتضمَّنُ إعتاقاً بِعِوَض، ويفارقانها في الشروطِ والأحكامِ، وهما عقدان مستقلَّانِ.

الركن الثاني [١٣٣٩ / أ]: **العِوَضُ**، وشروطُهُ ثلاثَةٌ:

الأول: كونُهُ دَيناً مؤجَّلاً؛ إِذْ لا قُدرَة له في الحال.

فلو ملك[2] بعضَ شخصٍ، باقيه حُرٌّ، وكاتَبَهُ في مِلْكه بَدَين حَالٍّ، لم يصحَّ علىٰ الأصحِّ. وقيل: يصحُّ؛ لأنهُ يملكُ ببعضِهِ الحُرِّ، فلا يتحقَّقُ عجزُهُ، ولهٰذا يصحُّ البيعُ لمعسرٍ؛ لأنَّ الحريةَ مَظِنَّةُ المِلْك، وإنْ لم يملكْ شيئاً آخَرَ. فلو زاد الثمنُ علىٰ قيمةِ المبيع، فالصحيحُ الصحةُ، وبه قطعَ الجمهورُ؛ لأنه قد يَجدُ مَنْ يشتريه بقَدْرِ الثمن، فيؤدّي ذٰلك. وحكىٰ الشيخ أبو محمد وجهاً: أنه لا يصحُّ البيعُ، والحالةُ هٰذه.

ولو أسلمَ إلىٰ مُكاتبِهِ عقبَ عَقْدِ[3] الكتابة، ففي صحته وجهانِ، حكاهما القاضي حُسَين.

الثاني: أَنْ ينجّمَ نجمَين فصاعِداً. ومَنْ بعضُهُ رقيقٌ، هل يشترطُ في كتابةِ الرقيقِ منه التنجيم؟ وجهان، كالتأجيلِ، وهل[4] تجوزُ [الكتابةُ] علىٰ مالٍ كثيرٍ إلىٰ نجمَين قصيرَين، أو إلىٰ طويلٍ وقصيرٍ، بشرطِ أداءِ الأكثر في القصيرِ؟ وجهانِ.

أصحُّهما: نَعَمْ؛ لإمكانِ القدرة، كما لو أسلمَ إلىٰ معسرٍ في مالٍ كثيرٍ.

---

(١) في (فتح العزيز: ١٣ / ٤٤٦): « من نفسِهِ ».

(٢) في (ظ): « ملكا ».

(٣) كلمة: « عقد » ساقطة من المطبوع.

(٤) في (ظ): « وهو ».

والثاني: لا؛ لأن النادرَ، كالمعجوزِ عنه، كما في السَّلَمِ، ويجوزُ جعلُ العِوَضِ منفعةً، كبناءِ دارٍ، وخِياطةٍ، وخدمةِ شهرٍ، كما يجوزُ جعلُ المنفعةِ ثمناً، وأجرةً، ومَهراً، ولا يجوزُ أن يكتفىٰ بخدمةِ شهرٍ، أو شهرَين، أو سنةٍ، ويقدر كلّ عَشَرَةِ أيام نَجْماً، أو كلّ شهر؛ لأن الجميعَ نجْمٌ واحدٌ، والمطالبةُ به ثابتةٌ في الحالِ. فلو شرط صريحاً كون خدمة شهر نجماً، وخدمة الشهر بعده نجماً آخَرَ، لم يصحَّ علىٰ الأصحِّ المنصوص في « الأم »؛ لأن منفعةَ الشهر الثاني[1] متعيِّنة، والمنافعُ المتعلّقة بالأعيان لا يجوزُ شرطُ تأخيرها.

ولو انقطعَ ابتداءُ المدةِ الثانيةِ عن آخِرِ الأولىٰ كخدمةِ رجب ورمضان، لم يصحَّ بلا خلاف.

ثم يشترطُ أَنْ تتصلَ الخدمةُ وغيرُها من المنافع المتعلّقة بالأعيان بعقد الكتابة، ولا تتأخَّر عنها، كما أَنَّ عَيْنَ المبيعِ لا تقبلُ[2] التأجيلَ وتأخيرَ التسليم.

فلو كاتبه في رمضانَ علىٰ خدمة شوالٍ، لم يصحَّ.

ولو كاتَبَهُ علىٰ دينارٍ يؤدِّيه في آخِرِ هٰذا الشهر، وعلىٰ خدمة [الشهر] الذي بعدَه، لم يصحَّ.

وأمَّا المنافعُ الملتزمةُ في الذمَّة، كخياطةِ ثوبٍ معيَّن، وبناءِ جدارٍ موصوفٍ، ودارٍ موصوفة، فيجوزُ فيها التأجيلُ.

ولو كاتَبهُ علىٰ بناء دارَين، وجعلَ لكلِّ واحدةٍ منهما وقتاً معلوماً [صَحَّ].

ولو قال: كاتبتُكَ علىٰ خدمةِ شهرٍ من الآن، وعلىٰ دينارٍ بعد انقضائِهِ بيومٍ، أو شهرٍ، جاز.

ولو قال: وعلىٰ دينارٍ عند انقضائِهِ، فوجهانِ. وقيل: قولانِ. الأصحُّ المنصوصُ: الجوازُ، قالوا: ولا بأسَ بكونِ المنفعة حالَّةً؛ لأن التأجيلَ يشترطُ؛ لحُصولِ القُدرة، وهو قادِر علىٰ الاشتغال بالخدمة في الحال، بخلاف ما لو كاتبَ علىٰ دينارَينِ، أحدهما حالٌّ، والآخَر مؤجَّلٌ، وهٰذا يبينُ أَنَّ الأجلَ ـ وإنْ أطلقوا

---

(١) في (أ، ظ): « الثانية ».

(٢) في المطبوع: « يقبل ».

اشتراطه ـ فليس ذلك بشرطٍ في المنفعة التي يقدرُ[1] على الشروع فيها في الحالِ.

ولو كاتبَ على خدمةِ شهرٍ ودينارٍ في أثناءِ الشهرِ، كقولِهِ: ودينارٍ بعدَ العقدِ[2] بيومٍ، جازَ على الأصحِّ.

ولو قال: على خدمةِ شهرٍ من وقتِ العقد، وعلى خياطة ثوبٍ موصوفٍ بعد انقضاءِ الشهر، فهو كقوله: ودينارٍ [١٣٣٩ / ب] بعد انقضاءِ الشهرِ.

وذكر البغويُّ[3] أنه يشترطُ بيانُ العمل في الخدمة.

وقال[4] ابْنُ الصبَّاغ: يكفي إطلاقُ الخدمةِ، لكن لو قال: على منفعةِ شهرٍ، لم يصحَّ؛ لاختلافِ المنافعِ.

وإذا كاتبَ على خدمةٍ ودينارٍ، فمرضَ في الشهر، وفاتتِ الخدمةُ، انفسخَتِ الكتابةُ في قَدْرِ الخدمة، وأمَّا الباقي، فقيل: تبطُلُ فيه قطعاً؛ لأنها لا تصِحُّ في بعضِ العبدِ.

وقيل: هو كَمَنْ باعَ عبدَين، فتلِفَ أحدُهما قبلَ القبض، ففي الباقي طريقانِ.

أحدهما: لا تبطُلُ.

والثاني: قولانِ.

فَرْعٌ: إذا قال لعبده: أعتقتُكَ على أن تَخْدُمَني، أو على أَنْ تَخْدُمَني أبداً، فقَبِلَ العبدُ، عَتَقَ في الحال، ورجعَ السيدُ عليه بقيمته.

ولو قال: على أَنْ تَخْدُمني شهراً من الآن، فقَبِلَ، عَتَقَ، وعليه الوفاءُ، فإنْ تعذَّرَ بمرضٍ، وغيرِه، ففيما يرجعُ عليه السيدُ به من أُجرة مِثْلِ الخدمة، أو قيمة العبد قولانِ، كالصَّدَاق وبَدَل[5] الخُلْعِ [إذا تلفا] قبلَ القبضِ.

ولو قال: كاتبْتُكَ على أن تَخْدُمَني أبداً، لم يَعْتِقْ.

---

(١) في المطبوع: « تقدر ».

(٢) في (ظ): « بعقد » بدل: « بعد العقدِ ».

(٣) انظر: (التهذيب: ٨ / ٤٢١).

(٤) في المطبوع: « قال » بدون « الواو ».

(٥) في (ظ): « وبذل ».

ولو قال: علىٰ أَنْ تَخْدُمَني شهراً، فقَبِلَ، وخدَمه شهراً، عَتَقَ، ورجعَ السيدُ عليه بقيمته، وهو علىٰ السيدِ بأجرة مثلِ الخدمة؛ لأنها كتابةٌ فاسِدة، وإنْ خدمه أقَلَّ من شهر، لم يَعْتِقْ.

الشَّرْط الثالِثُ: بيانُ قَدْرِ العِوَضِ، والأجَل، فيشترطُ بيانُ قَدْرِ العوض وصِفَته، وأَقْدار الآجال، وما يؤدّي عند حُلول كُلِّ نَجْمٍ. فإنْ كاتبَ علىٰ نَقْدٍ كفىٰ الإطلاق، إنْ كان في البلد نَقْدٌ منفردٌ أو غالِب، وإلاَّ، فيشترطُ التبيين.

وإنْ كاتَبَ علىٰ عِوَض[1]، وصفَهُ بالصفاتِ المشترطة في السَّلَمِ[2].

وإنْ كاتَبَ علىٰ ثوبٍ موصوفٍ علىٰ أَنْ يؤديَ نصفَه بعدَ سنةٍ[3]، ونصفَه الآخَرَ بعد انقضاء سنتَين، لم يصحَّ؛ لأنه إذا سلّمَ النصفَ في السنة الأولىٰ، تعيّنَ النصفُ الثاني للثانية، والمعيَّنُ لا يجوز شرطُ الأجَلِ فيه، ولا يشترطُ تساوي الآجال، ولا الأَقدار المؤدَّاة في آخِرِ الآجال.

ولو كاتبه علىٰ مئةٍ علىٰ أن يؤدِّي نصفَها، أو ثلثَها عند انقضاءِ خَمْسٍ، والباقي عند تمامِ العَشْرِ، أو علىٰ أَنْ يؤدِّيَ عند تمام كُلِّ سنة عَشَرَة، جازَ.

ولو قال: تؤدِّي بعضَها عند انقضاءِ نصفِ المدة، والباقي عند تمامها، لم يَجُزْ.

ولو قال: تؤدِّيها في عَشْرِ سنين، لم يَجُزْ علىٰ الصحيح.

وقيل: يجوزُ، ويوزّع المال علىٰ عددِ السنين.

ولو قال: في كل شهرٍ كذا، وفي سنةٍ كذا، فهل هو مجهولٌ، أم يحملُ علىٰ أولِ الشهرِ، والسنَةِ؟ وجهانِ، كنظيره في السَّلَمِ، وكذا لو قال: في يومِ كذا.

ولو قال: في وَسَطِ السنة، فهل هو مجهول، أم يحملُ علىٰ نصفها[4]؛ لأنه الوسَطُ الحقيقي؟ وجهانِ.

ولو قال: تؤدِّيها إلىٰ عَشْرِ سنين، لم يَجُزْ؛ لأنه كتابة إلىٰ أجلٍ واحدٍ.

---

(١) في (ظ)، والمطبوع: «عرض».
(٢) في المطبوع: «المسلم».
(٣) في المطبوع زيادة: «ونصفه بعد سنةٍ»، وهي إقحام ناسخ، أو غيره.
(٤) في (أ): «نصفه».

ولو قال: كاتبتُكَ علىٰ مئة تؤدِّيها إلىٰ ثلاثة أشهر؛ قِسْطُ كلِّ شهرٍ عند انقضائه، جوَّزه ابْنُ سُرَيْجٍ، ومنعه ابْنُ أبي هُريرةَ، وغيرُه، إذا لم يعلمْ حِصّة كُلِّ شهر.

ولو كاتبه[1] علىٰ دينارٍ إلىٰ شهر، وديناريَن إلىٰ شهرٍ علىٰ أنه إذا أَدَّىٰ الأولَ، عَتَقَ، ويؤدِّي الدينارَين بعد العِتق، ففي صحَّة الكتابةِ القولان فيما إذا جمعتِ الصَّفْقة عقدَين [١٣٤٠ / أ] مختلفين.

فَرْعٌ: هل يشترطُ بيانُ موضِعِ تسليمِ النُّجُوم؟ ذكر ابْنُ كَجٍّ أَنَّ فيه الخلاف المذكور في السَّلَمِ، وذكر خلافاً في أنه لو عيّنَ موضع، فخربَ، هل يسلَّم فيه، أم في أقربِ المواضِع إليه؟

فَرْعٌ: لو كاتبَ علىٰ مالِ الغيرِ، فَسَدت الكتابةُ، فإنْ أذِنَ رَبُّ المال في أَنْ يعطيَه لسيده فأعطاه، عَتَقَ، وإنْ أعطاه بغير إذنِ المالكِ، لم يَعْتِقْ، بخلاف ما إذا قال: إنْ أدَّيتَ إليَّ هـٰذا فأنتَ حُرٌّ؛ فإنه إذا أدَّاه، عَتَقَ، وإنْ كان مستحقّاً؛ لأنَّ ذٰلك مَحْضُ تعليقٍ، وهـٰذه كتابة تقتضي التمليكَ، فإذا وُجِدَ إذنُ المالكِ، وُجِدَ ما يقتضي المِلكَ، لـٰكن يجبُ الردُّ والرجوعُ إلىٰ القيمةِ؛ لفسادِ الكتابةِ.

فَرْعٌ: إذا شرطَ أَنْ يشتريَ أحدُهما من الآخَر، فَسَدتِ الكتابةُ.

ولو كاتَبه وباعه شيئاً بعِوَضٍ واحدٍ، كقوله: كاتبْتُكَ وبعتُكَ هـٰذا الثوبَ بمئة إلىٰ شهرَين؛ تؤدّي نصفَها في آخِر كُلِّ شهر، فإذا أديتَ، فأنتَ حُرٌّ، فقال: قبلتُ الكتابةَ والبيعَ، أو البيعَ والكتابةَ، أو قبلتُهما، فطريقان.

أحدهما: علىٰ القولَين فيمن جمعَ بين عقدَين مختلفَي الحُكم، ففي قولٍ: يصحَّانِ، وفي قولٍ: يبطلانِ.

والثاني، وهو المذهبُ: يَبْطُلُ البيعُ، وفي الكتابة قَوْلا تفريقِ الصَّفْقَة؛ فإنْ صحَّحناها، وهو الأظهرُ، فيصحُّ بجميعِ العِوَض في قولٍ، وبالقِسْطِ علىٰ الأظهر، فيوزّع ما سمَّاه علىٰ قيمةِ العبدِ وقيمةِ الثوبِ، فما خصّ العبد، لزمَهُ في النجمَين، فإذا أدَّاه، عَتَقَ.

---

(١) في المطبوع: « كاتب ».

وإنْ قلنا: فاسِدة، لم يَعْتِقْ حتَّىٰ يؤدِّي جميعَ المالِ ليحقّقَ الصفَةَ، ثم يتراجعانِ.

قال الصَّيْدلاني: ويحتملُ أَنْ يخرَّجَ قول: أنه إذا أدَّىٰ ما يخصُّ قيمتَه، عَتَقَ، ثم يتراجعانِ.

فَرْعٌ: كاتبَ ثلاثةَ أعبُدٍ صفقةً، فقال: كاتبتُكُمْ علىٰ ألفٍ إلىٰ وقْتَي كذا وكذا، فإذا أدَّيتم، فأنتم أحرارٌ، فالنصُّ صحَّةُ الكتابة.

ولو اشترىٰ رجل ثلاثةَ أعبُدٍ، كُلُّ عَبْدٍ لرجلٍ مِنْ مُلاَّكِهم صفقةً، فالنصُّ بطلانُ البيع.

ولو نكحَ نسوةً، أو خالعَهُنَّ علىٰ عِوَضٍ واحد، ففي صحَّةِ المسمَّىٰ قولانِ منصوصانِ. وقد سبق ذكرُ هـٰذه الصورة وما فيها من الطرق في « كتاب الصَّدَاق »؛ فإنْ أفسَدْنا هـٰذه الكتابةَ، فأدَّوا المالَ، عَتَقُوا بالتعليق، وإنْ أدَّىٰ بعضُهم حِصَّتَه، فهل يَعْتِقُ ؟ وجهان أو قولان.

أصحُّهما: لا؛ لعدَمِ كمالِ الصفةِ، كما لو قال: إنْ دخلتُمُ الدارَ، فأنتم أحرارٌ، فدخلَ بعضُهم، لا يَعْتِقُ.

والثاني: نَعَمْ؛ لأن العِتْقَ في الكتابة الفاسدة محمولٌ علىٰ المعاوضة، ولهـٰذا يتراجعانِ.

ومُقتضىٰ المعاوضة أَنْ يَعْتِقَ كُلُّ واحدٍ بأداء حِصَّته، ثم مَنْ عَتَقَ رجعَ علىٰ السيدِ بقيمته يوم العِتْق؛ لأن سُلطة السيدِ باقيةٌ إلىٰ يوم العتقِ؛ لتمكُّنه من فسخِ الكتابةِ الفاسدة.

وإنْ صحَّحنا الكتابةَ، وهو المذهبُ، وزعَ المسمَّىٰ عليهم. ثم المذهبُ توزيعُه علىٰ قيمتهم لا علىٰ عددهم، ثم كُلُّ عبدٍ يؤدِّي حِصَّته مِنَ النجْمَين، فإذا أدَّاها، عَتَقَ، ولا يتوقَّفُ عتقُهُ علىٰ أداءِ غيره.

وإنْ مات بعضُهم، أو عجزَ، فهو رقيقٌ، ويَعْتِقُ غيرُه بالأداء، ولا يقال: علّقَ بأدائهم؛ لأن الكتابة الصحيحة يغلبُ فيها حكمُ [١٣٤٠ / ب] المعاوضة، ولهـٰذا إذا أبرأ السيدُ المكاتَب، عَتَقَ، وإذا ماتَ، لم تَبْطُل الكتابةُ، بخلاف التعليقاتِ.

الركنُ الثالثُ: السيِّدُ، وشرطُه: كونُه مختاراً، مُكَلَّفاً، أهلاً للتبرُّع، فلا تصحُّ كتابةُ صبيٍّ ومجنونٍ، ولا إعتاقُهما علىٰ مال، ولو أَذنَ فيه الوليُّ، ولا كِتابةُ وليِّهما أباً كان، أو غيرَه، ولا إعتاقُهُ عبدَهما بمال. فلو أدَّىٰ العبدُ إلىٰ الوليِّ ما كاتَبَهُ عليه، لم يَعْتِقْ؛ لبُطلان التعليقِ.

ولا تصحُّ كتابةُ محجورٍ عليه بسَفَهٍ، ولا يحصلُ العتقُ بتسليم المالِ إليه، لا في الحَجْرِ، ولا بعدَ ارتفاعهِ. وحكىٰ الفُوْرَانيُّ خلافاً فيما لو سلّمَ المال إليه في حالِ الحَجْرِ، ثم ارتفع حَجْرُه، أنه هل يَعْتِقُ بالتسليم السابِقِ ؟ والمذهبُ: الأولُ.

فَرْعٌ: المريضُ إذا كاتبَ في مرضِ موتهِ، اعتبرت قيمةُ العبدِ مِنَ الثلُثِ، وإنْ كاتبه علىٰ أكثرَ منها.

ثم إنْ كان يملكُ عند الموتِ مثلَيْ قيمتِهِ، صحَّتِ الكتابةُ.

وإنْ لم يملكْ غيرَه، وأدَّىٰ في حياةِ السيدِ، فإنْ كان كاتَبَهُ علىٰ مثلَي قيمتِهِ، عَتَقَ كُلُّهُ؛ لأنه يبقىٰ للورثة مِثلاه، وإنْ كان كاتَبَهُ علىٰ مِثْلِ قيمته، عَتَقَ ثُلُثاه.

وإنْ كاتبَهُ علىٰ مِثْل قيمتِهِ، وأدَّىٰ نصفَ النُّجوم، صَحَّتِ الكتابةُ في نِصْفه.

أمَّا إذا لم يُؤَدِّ شيئاً حتَّىٰ ماتَ السيدُ، ولم تُجزِ الورثَةُ ما زاد علىٰ الثلُثِ، فثلُثه مكاتَب، فإذا أدىٰ حِصَّته من النجوم، عَتَقَ. وهل يزادُ في الكتابة بقَدْرِ نصفِ ما أدىٰ، وهو سدُس العبدِ ؟ وجهانِ.

الأصحُّ المنصوصُ: لا؛ لأن الكتابةَ بَطَلَتْ في الثُّلثَين، فلا تعودُ.

والثاني: نَعَمْ، كما لو ظهرَ للميت دفينٌ[1]، أو نصبَ شَبَكَةً في الحياة، فيعقل[2] بها صيدٌ بعد الموتِ؛ فإنه يُزادُ في الكتابة. فإنْ قلنا: يُزادُ، وكان الأداءُ بعد حُلول النجْمِ، فهل يلزمُهُ حِصَّة السدُس مِنَ النجومِ في الحالِ، أم يضربُ له مِثْل المدة التي ضربها الميتُ أولاً ؟ وجهان؛ بناء علىٰ ما إذا حبسَ السيدُ المكاتَبَ مُدَّةً، فإذا زِيدَتِ الكتابةُ بقَدْرِ السدُس، فأَدَّىٰ نجومَه، يُزاد[3] نصفُ السدس، وهكذا يزادُ

(١) في (النجم الوهَّاج: ١٠ / ٥٣٥): « دَين » بدل: « دفين ».
(٢) في (النجم الوهَّاج: ١٠ / ٥٣٥): « فتعلَّق » بدل: « فيعقل ».
(٣) في المطبوع: « يزداد ».

نصفُ ما يؤدّي مرةً بعد أخرىٰ إلىٰ أَنْ ينتهيَ إلىٰ ما لا يقبلُ التنصيفَ .

وإنْ قلنا لا يُزادُ في الكتابة، فالباقي قِنٌّ، ولا يخرَّجُ علىٰ الخلاف فيما لو كاتبَ نصيبَه من مشترَكٍ؛ فإنَّ ذاك ابتداءُ كتابةٍ، وهنا وردتِ الكتابةُ علىٰ الجميع، ثم دَعتْ ضرورةٌ إلىٰ إبطالِ البعض .

وحكىٰ ابْنُ كَجٍّ عن بعضهم تخريجَ صحَّة الكتابة في الثلُثِ علىٰ كتابةِ المشرَك .

أمَّا إذا أجازَ الورثَةُ الكتابةَ في جميعه، فيصحُّ في جميعه، فإذا عَتَقَ بالأداء، فولاءُ الجميع للمورث إنْ قلنا : إجازتُهم تنفيذٌ، وإنْ قلنا : ابتداء عطيَّةٍ، فولاءُ الثلُثِ للمورث، والثُلُثين لهم علىٰ قَدْرِ مواريثهم .

وإنْ أجازوا بعضَ الثلُثَين، فإنْ قلنا : إجازتُهم تنفيذٌ، صَحَّتْ فيما أجازوا، وحكمُ الباقي ما سبق. وإنْ قلنا : عطيَّة، فهو علىٰ الخلاف في تبعيض الكتابة .

ولو كان عبدانِ قيمتُهما سواءٌ، لا مالَ له غيرُهما، وكاتبَ في مرضِ موتِهِ أحدَهما، وباع الآخَرَ نسيئةً، نُظِرَ :

إنْ حصلَ الثمن والنجوم في حياته، فالكتابةُ والبيعُ صحيحان، وإنْ لم يحصلْ حتَّىٰ مات السيدُ، ولم تُجزِ الورثةُ ما زاد [١٣٤١ / أ] علىٰ الثلثِ، صحَّتِ الكتابةُ في ثلث [هذا]، والبيعُ في ثلثِ ذاكَ، فإذا حصلتْ نُجوم الثلُثِ، وثمن الثلث، فهل يُزادُ في الكتابةِ والبيعِ ؟ فيه الوجهانِ. إنْ قلنا : نَعَمْ، زِيدَ[1] فيهما جميعاً، وصححَتِ[2] الكتابَةُ في نصف السدس[3]، وكذا البيع، وإن حصلت نجومُ الثلثِ وثمن الثلثِ معاً، صحّحَ كلّ واحدٍ منهما في السدُس .

ولو كاتبه في الصحَّة، ثم أبرأَه عن النُّجوم في المرضِ، أو قال : وضعْتُ عنه النجومَ، أو أعتقْتُهُ، فإنْ خَرَجَ من الثلُث، عَتَقَ كُلُّهُ، وإنْ لم يكن له مالٌ سواه، فإنِ اختار العَجْزَ، عَتَقَ ثلُثُه، وَرَقَّ ثُلُثاه .

وإنِ اختارَ بقاءَ الكتابة؛ فإنْ كانتِ النجومُ مثلَ القيمة :

---

(١) في (ظ)، والمطبوع : « يقع » بدل : « زيد »، المثبت موافق لما في فتح العزيز : « ١٣ / ٤٥٩ ».
(٢) في (أ) : « وصحَّت ».
(٣) في (أ)، وهامش (ظ)، والمطبوع : « سدس ».

فالأصحُّ: أنه يَعْتِقُ ثلُـثُه، وتبقىٰ الكتابةُ في الثُلُـثَين.

والثاني: لا يَعْتِقُ ثلُثُه حتَّىٰ يسلمَ للورثة ثلثاه؛ إمَّا بأداءِ نُجوم الثلُثَين، وإمَّا بالعَجْز.

وإنْ كان بين النُجوم والقيمةِ تفاوُتٌ، اعتبرَ خروج الأقلِّ منهما من الثلُثِ. وقد ذكرنا جميعَ هـٰذا ووجوهَهُ وطرُقَ حِسابه في « الوصايا ».

ولو أوصىٰ بإعتاق مكاتَبه، أو إبرائه، أو وَضْع النجوم [عنه]، نُظِرَ:

أيخرجُ من الثلث، أم لا ؟ ويكونُ الحكمُ كما لو أعتقه السيدُ، أو أبرأه، إلاَّ أنه يحتاج إلىٰ إنشاءِ إعتاقٍ[1] وإبراءٍ بعد موت السيد.

ولو كاتبَ في صحَّته، وقبضَ النجومَ في مرض موتِه، أو قبضَها وارثُهُ بعد موته، صحَّ القبضُ، وكانت الكتابةُ مِنْ رأسِ المال، كما لو باع بِمُحاباة في الصحَّة، وقبض الثمن في المرض.

ولو أقرَّ في المرض أنه قبَضَ النجومَ في الصحة، أو في المرضِ، قُبِلَ إقرارُهُ، وكان الاعتبارُ من رأس المال؛ لأنه أَقَرَّ بما يَقْدِرُ علىٰ إنشائه، ولأنَّ الإقرارَ لغير الوارثِ يستوي فيه الصحةُ والمرضُ.

فَصْلٌ: لا يشترطُ لصحة الكتابة إسلامُ السيدِ، بل تَصِحُّ كتابةُ الكافر، كإعتاقِهِ. وفي كتابة المرتدّ خمسةُ أقوالٍ منصوصةٍ ومُخَرَّجة.

أظهرها: البطلان.

والثاني: تصِحُّ.

والثالث: موقوفٌ علىٰ إسلامه.

والرابع: يصِحُّ قبل الحَجْر عليه. وإنْ قلنا: يصيرُ محجوراً عليه بنَفْس الردَّة.

والخامسُ: يصِحُّ قبلَ أَنْ يَصيرَ عليه حَجْر[2]؛ إمَّا بنفسِ الردَّة، وإمَّا بحَجْرِ القاضي، فإذا صَحَّحناها، ولم نَحْجُرْ عليه، وقلنا: لا يصيرُ محجوراً عليه بالردَّة،

---

(١) في المطبوع: « عتق »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٤٦٠).

(٢) في (أ)، والمطبوع: « حجراً ».

فدفعَ المكاتَب النجوم إليه [عتق] وكان له الولاء، ويملكُ النجوم؛ لأنَّا حكَمْنا ببقاء مِلكه علىٰ هـٰذا القول. وإن أبطَلْناها، لم يصِحَّ الأداءُ، ولا يَعْتِقُ.

وإن قلنا: موقوفٌ، فالأداءُ موقوفٌ، فإِنْ مات مرتدّاً، بانَ بطلانُها، وكان العبدُ قِنّاً. وإنْ صار محجوراً عليه بنفْسِ الردَّة، أو بحَجْرِ القاضي، فإِنْ أَبطَلناها، فعلىٰ ما ذَكَرنا إذا لم يكُنْ حَجْرٌ، وإِنْ صَحَّحناها، أو توقَّفنا، لم يَجُزْ دفعُ النجومِ إليه؛ لأنَّ المحجورَ عليه لا يصحُّ قبضهُ؛ بل يجبُ دفعُها[1] إلىٰ الحاكم، فإِنْ دفعها إلىٰ المرتَدِّ، لم يَعْتِقْ، ويستردّها ويدفعها إلىٰ الحاكم.

فإِنْ تلفَتْ وتعذَّرَ الاستردادُ، فإِنْ كان معه ما يفي بالنجومِ، ودفعهُ إلىٰ الحاكم، فذاكَ، وإلاَّ فله تَعْجيزُهُ.

ثم إِنْ مات السيدُ علىٰ الردَّة بعد ما عجَّزه، فهو رقيق، وإِنْ أسلمَ، فهل يلْغىٰ[2] التعجيزُ ؟ قولان أو وجهان. أظهرُهما، وهو نَصُّه في « المختصر »: نَعَمْ؛ لأنَّ المنْعَ من التسليم إليه كان لِحَقِّ المسلمين، فإذا أسلمَ، صارَ الحقُّ له، فيعتَدُّ[3] بقبضه، فعلىٰ هـٰذا: يَعْتِقُ إِنْ كان دفعَ إليه كُلّ النجوم.

وقيل: لا يَعْتِقُ [١٣٤١ / ب] ولا ينقلبُ القبضُ الممنوعُ منه صحيحاً، لـٰكن يبقىٰ مكاتَباً، فيستأنف الأداء، ويمهلُ مدّة الردة، والصحيح المعروف: الأولُ.

ولو كاتبَ مسلمٌ عبدَه، ثم ارتدَّ السيدُ، لم تَبْطُل الكتابَةُ، كما لا يبطُلُ بيعُهُ، لـٰكن لا يجوزُ دفعُ النجوم إليه إِنْ قلنا: زال مِلْكُهُ، وصار محجوراً عليه، فإِنْ دفعها إليه، فعلىٰ ما ذكرناه.

فَرْعٌ: يجوزُ أَنْ يكاتبَ عبدَه المرتدَّ، كما يجوزُ بيعُهُ، وتدبيرُهُ، وإعتاقُهُ.

ثمَّ إِنْ أدّىٰ النجومَ في رِدَّته من أكسابه، أو تبرَّع بأدائها غيرُهُ، عَتَقَ، ثم جرىٰ عليه حكمُ المرتدِّين.

وإنْ لم يؤدِّها، وعادَ إلىٰ الإسلام، بقي مكاتَباً، وإِنْ لم يُسلمْ، قُتِلَ، وكأنَّ ما في يده لسيِّده.

---

(١) في المطبوع: « دفعه ».

(٢) في (ظ)، والمطبوع: « يكفي »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٤٦٣).

(٣) في المطبوع: « فيعتمد »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٤٦٣).

وإن ارتدَّ مكاتَب، لم تبطُلْ كتابته، فإن هلكَ علىٰ[١] الردَّة، كان ما في يده لسيدِهِ، وارتفعتِ الكتابةُ.

قال في « الأم »: ولا أجيزُ كتابةَ السيدِ المرتدّ، والعبد المرتدّ، إلاَّ علىٰ ما أجيزُ عليه كتابةَ المسلمين، بخلاف الكافرين الأصليين يتركان علىٰ ما يستحلاّن، ما لم يتحاكما إلينا.

قال: ولو لحقَ السيدُ بعد ردَّته بدارِ الحرب، ووقفَ الحاكمُ مالَه، تتأدّىٰ كِتابة مكاتبه، فإنْ عجزَ، ردّه إلىٰ الرقِّ، فإن عجَّزه ثم جاء سيده، فالتعجيزُ ماضٍ، ويكون رقيقاً له، فإنْ أسلمَ السيدُ، ففي الاعتدادِ بما دفعَهُ إليه ما سبقَ.

فَرْعٌ: تصحُّ كتابةُ الذميِّ؛ كتابيّاً كان، أو مجوسيّاً، وكتابةُ المستأمنِ، هٰذا إذا كاتبوا علىٰ شرائطِ شرعِنا، فإنْ كاتبَ ذميٌّ علىٰ خمر، أو خنزيرٍ، ثم أسلما، أو ترافعا إلينا، فإنْ كان ذٰلك قبلَ العِوَض المُسَمَّىٰ، فالعِتْقُ حاصِلٌ، ولا رجوعَ للسيدِ علىٰ العبد، وإنْ كان قبلَ القبضِ، حكَمنا بفسادِها وإبطالِها، فإنْ وجدَ القبضُ بعد ذٰلك، لم يحصلِ العتقُ؛ لأنه لا أثَرَ للكتابة الفاسدة بعد الفسخِ والإبطالِ. وإنْ قبضَ بعد الإسلام، ثم ترافَعا، حَصَلَ العتقُ؛ لوجُود الصفةِ، ويرجعُ السيدُ علىٰ المكاتَب بقيمته، ولا يرجعُ المكاتَبُ علىٰ السيد بشيء للخمر والخنزير.

ولو كان المُسَمَّىٰ له قيمة، رجع، وإنْ قبضَ بعض المسمَّىٰ في الشرْكِ، ثم أسلما، أو ترافعا إلينا، حكمَ ببطلان الكتابةِ، فلو اتفق قبضُ الباقي بعد الإسلام، وقبلَ إبطالها، حَصَلَ العتقُ، ورجعَ السيدُ عليه بجميع قيمته، ولا يوزَّعُ علىٰ المقبوض والباقي؛ لأن العتقَ يتعلَّق بالنجم الأخيرِ، وقد وجدَ في الإسلام.

ولو أسلمَ عبدٌ لذميٍّ، أو اشترىٰ مسلماً، وصحَّحْنا شراءَه، وأمرناهُ[٢] بإزالة المِلْك عنه، فكاتبه، صحَّت الكتابةُ علىٰ الأظهر؛ لأنَّ فيه نظراً للعبد، فإنْ عجزَ، أمرَ بإزالة الملك.

وإنْ قلنا: لا يصحُّ، أُمرَ بإزالةِ المِلْك في الحال، فإنْ أدَّىٰ النجومَ قبلَ الإزالة، عَتَقَ بحكم الكتابة الفاسِدة.

---

(١) في (ظ): « حكم » بدل « علىٰ ».

(٢) في المطبوع: « وأمرنا ».

ولو كاتبَ ذميٌّ عبدَه، فأسلمَ المكاتبُ، لم ترتفعِ الكتابةُ على المذهب؛ لقوَّةِ الدوامِ.

فَرْعٌ: تصحُّ كتابةُ الحربيِّ؛ لأنه مالك، فإنْ قهره سيدُهُ بعد الكتابة، ارتفعَتْ، وصارَ قِنّاً. ولو قهرَ سيدَه، صار حُرّاً، وعادَ السيدُ عبداً له؛ لأنّ الدارَ دارُ قَهْرٍ، وكذا لو قَهَرَ حُرٌّ حرّاً هناك، بخلاف ما لو دخلَ السيدُ، والمكاتَبُ دارَ الإسلام بأمان، ثم قَهَرَ أحدُهما الآخَر، لا يملكُهُ؛ لأنَّ الدارَ دارُ حَقٍّ وإنصاف.

ولو خرجَ المكاتَب إلينا مسلماً هارباً من سيدِهِ، ارتفعتِ الكتابةُ [١٣٤٢ / أ]، وصار حُرّاً؛ لأنه قَهَرَهُ على نفسه، فزال ملكُهُ عنه. وإنْ خرجَ غير مسلم، نُظِرَ:

إنْ خرجَ بإذنِهِ وأمانِنا، لتجارةٍ وغيرِها، استمرتِ الكتابةُ، وإنْ خرجَ هارباً، بَطَلَتْ، وصار حُرّاً.

ثم لا يمكنُ من الإقامةِ عندنا إلاَّ بالجزية، فإنْ لم يقبَلْ، أو كان مِمَّن لا يُقَرُّ بالجزية، ألحقَ بمَأمنه، وإنْ جاءنا السيدُ مسلماً، لم يتعرضْ لمكاتبه هناك.

وإنْ دخلَ بأمانٍ مع المكاتَب، ولم يَقْهَرْ أحدُهما [الآخَرَ]، وأرادَ العَوْدَ إلى دار الحرب، وكاتَبه بعدما دخلا، وأرادَ العودَ، فلم يوافِقْهُ المكاتب، لم يكن له أَنْ يَحْمِلَهُ قهراً، كما لا يسافرُ المسلم بمكاتبه؛ بل يوكّلُ مَنْ يقبضُ النجوم، فإن أرادَ أَنْ يُقيمَ، طولِبَ بالجزية.

ثم إنْ عَتَقَ المكاتَبُ [طُولِبَ بالجزية] أو رُدَّ إلى المأمن، وإنْ عَجَّزَ نفسَه، عادَ قِنّاً للسيدِ.

قال ابْنُ الصبَّاغ: ويبقى الأمانُ فيه، وإنِ انتقَضَ في نفسِ سيدهِ بعَوْدِهِ؛ لأن المالَ ينفردُ[١] بالأمان.

ولهذا لو بَعَثَ الحربيُّ مالَهَ إلى دارِ الإسلام بأمانٍ، ثبتَ الأمانُ للمال دون صاحِبِهِ، ويجيءُ فيه الخلافُ السابقُ في السيدِ، فيمَن رجعَ، وخلَّفَ عندنا مالاً.

---

(١) في (أ): « منفردٌ ».

ولو ماتَ السيدُ في دارِ الإسلامِ، أو بعد العَوْدِ إلىٰ دار الحربِ، ففي مالِ الكتابة قولانِ.

أظهرُهما: يبقىٰ الأمانُ فيه، فيرسلُ إلىٰ ورثتِهِ؛ لأنه لا خلافَ أنهم ورثُوه، ومَنْ ورثَ مالاً، ورثَهُ بحقوقه، كالرهْنِ، والضَّمين.

والثاني: يَبْطُلُ الأمانُ فيه، ويكونُ قِنّاً؛ لأنه مالُ كافرٍ، لا أمانَ له.

وإنْ سُبيَ السيدُ بعد رجوعه إلىٰ دار الحرب، نُظِرَ:

إنْ مُنَّ عليه، أو فُدِيَ، أخذَ النجوم، وهو[1] بما جرىٰ في أمانٍ، ما دام في دارِ الإسلام، فإنْ رجعَ انتقضَ الأمان فيه. وفي المالِ إنْ تَركَه عندنا ما سبقَ، وإن استرقَّ، زال مِلْكُه.

وفي مالِ الكتابة طريقان.

أحدهما: قولانِ، كالموت.

والثاني: لا يبطُلُ قطعاً؛ لأنه ينتظرُ عتقه ومصيره مالكاً، بخلاف الميتِ.

وأمَّا ولاءُ هٰذا المكاتَب، فإنْ عَتَقَ قبل استرقاقِ السيدِ، فطريقانِ: أحدُهما: أَنَّ الولاءَ كالمالِ، فإنْ جعلناه فَيئاً، فالولاءُ لأهل الفَيء، وإنْ توقَّفنا، فكذٰلك نتوقَّفُ في الوَلاء.

والثاني، وهو المذهب: أنه يسقطُ ولاؤه؛ لأنَّ الولاءَ لا يورثُ، ولا ينتقلُ من شخصٍ إلىٰ شخص.

وإنِ استرقَّ السيد قبلَ عتق المكاتَب، فإنْ جَعَلنا ما في ذمته فَيئاً، فإذا[2] عتَق ندفعُهُ[3] إلىٰ الحاكم[4]، ففي الولاء وجهانِ.

وإنْ قلنا: موقوفٌ، فإنْ عَتَقَ السيدُ، دفعَ المكاتبُ المال إليه، وكان له الولاءُ.

---

(١) في المطبوع: « وهما »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٤٦٦).

(٢) في (ظ): « فأدَّىٰ »، وفي المطبوع: « فادّعىٰ »، خطأ.

(٣) في المطبوع: « بدفعه ».

(٤) في (ظ)، وأصل (أ)، والمطبوع: « المكاتب »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ٣ / ٤٦٧).

وإنْ مات رقيقاً، وصارَ المالُ فيئاً، ففي الولاءِ الوجهانِ.

ولو قالَ المكاتبُ في مدَّةِ التوقُّف: انصبوا مَنْ يقبضُ المالَ لأعتقَ، أُجيبَ إليه، وإذا عَتَقَ، فليكن في الولاءِ[1] الخلافُ.

وقيل: يُبنىٰ علىٰ أن مكاتبَ المكاتبِ إذا عَتَقَ؛ تفريعاً علىٰ صحَّة كتابته، يكونُ ولاؤه لسيدِ المكاتب، أو يوقفُ علىٰ عِتْقِ المكاتب؟ وفيه قولان.

إنْ قلنا بالأول، فالولاءُ هنا لأهلِ الفَيء، وإنْ قلنا بالثاني، فيوقَفُ.

قال الرُّوْيَانِيُّ[2]: الأصحُّ عند الأصحاب أنه يوقَفُ المالُ، والولاءُ، فإنْ عَتَقَ، فهما له، وإنْ ماتَ رقيقاً، فالمالُ فيء، ويسقطُ الولاءُ.

فروعٌ[3]: كاتبَ مسلمٌ عبداً كافراً [١٣٤٢ / ب] في دار الإسلام، أو الحرب، صَحَّ، فإن عَتَقَ، لم يُمَكَّنْ من الإقامةِ بدارنا إلاَّ بجزيةٍ، فإن كاتَبَهُ[4] بدار الحرب، فأُسِرَ، لم تبطُلْ كتابتُهُ؛ لأنه في أمانِ سيدِه.

ولو استولىٰ الكفارُ علىٰ مكاتَب مسلم، لم تبطُلْ كتابتُهُ، وكذا لا[5] يبطُلُ التدبيرُ والاستيلادُ.

فإذا استنقذَ المسلمون مكاتَبه، فهل يحسَبُ عليه مدَّةُ الأسر من أَجَلِ مالِ الكتابة؟ طريقان.

أحدُهما: قولانِ[6]، كما لو حبسَهُ السيدُ، والمذهبُ: القطعُ بالاحتسابِ؛ لعدَمِ تقصيرِ السيدِ. وهل للسيدِ الفسخُ بالتعجيزِ، وهو الأسْرُ؟ إنْ قلنا: يحسَبُ، فله ذلك. ثم هل يفسخُ بنفسِه كما لو حضرَ المكاتبُ، أو يرفعُ الأمرُ إلىٰ القاضي، ليبحثَ هل له مالٌ؟ وجهان.

---

(١) كلمة: « الولاء » ساقطة من المطبوع.

(٢) في جمع الجوامع (فتح العزيز: ١٣ / ٤٦٧).

(٣) في (ظ)، والمطبوع: « فرع »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٤٦٧).

(٤) في (ظ): « كانت »، وفي المطبوع: « كاتب ».

(٥) في المطبوع: « لم ».

(٦) كلمة: « قولان » ساقطة من المطبوع.

أظهرُهما: الأولُ. فإذا فُسِخَتْ، فخلص[1]، وأقامَ بَيِّنةً أنه كان له مِنَ المالِ ما يفي[2] بالكتابة، بَطَلَ الفسخُ، وأدَّىٰ المال، وعَتَقَ.

الركْنُ الرابعُ: المكاتَبُ، وشرطُه: كونُهُ مكلَّفاً مختاراً، فلا تصِحُّ كتابةُ مجنونٍ، ولا صبيٍّ وإنْ كان مميِّزاً، ولا مُكْرَهٍ.

ولو كاتَبَ البالِغُ لنفسِهِ ولأولادِهِ الصغار، لم يصحَّ لهم. وفي صحَّتها لنفسه قَوْلا تفريق الصَّفْقة.

ولو كاتبَ عبدَه الصغيرَ، أو المجنونَ، وقال في كتابته: إذا أدَّيْتَ كذا، فأنتَ حُرٌّ، فَوُجِدَتِ الصفَةُ، عَتَقَ، هٰكذا قال الأصحاب، وفيه احتمالٌ للإمام[3].

ثم قيل: يَعْتِقُ بحكم كتابةٍ فاسدةٍ؛ لأنه لم يرضَ بعتقه إلاَّ بعِوَض. فعلىٰ هٰذا: يرجعُ السيدُ عليه بقيمته، ويرجع هو علىٰ السيدِ بما دفعَ، والصحيحُ الذي عليه الجمهور؛ أنه يَعْتِقُ بمجرَّدِ الصفَةِ، وليس لما جرىٰ حكمُ الكتابة الفاسدة في التراجعِ، ولا غيرِهِ.

ولا تصحُّ كتابةُ عبدٍ مرهون؛ لأنه مُرْصَدٌ للبيع، ولا مستأجر؛ لأنه مستحقّ المنفعة.

وتصحُّ كتابةُ المعلَّقِ عتقُهُ بصفَةٍ، والمدبَّرِ، والمستولَدَةِ. وفي المستولَدَةِ وجْهٌ.

ولو قَبِلَ الكتابةَ من السيدِ أجنبيٌّ علىٰ أَنْ يؤدِّيَ عن العبد كذا في نَجْمَين، فإذا أدَّاها، عَتَقَ العبدُ، فهل يصحُّ ؟ وجهانِ.

أحدُهما: نَعَمْ، كَخُلْعِ الأجنبيِّ.

والثاني: لا؛ لمخالفة موضوع الباب، فإنْ صحَّحناها، فهل تجوزُ حالَّةً ؟ وجهانِ.

---

(١) في المطبوع: « وخلص ».

(٢) في (ظ)، والمطبوع: « ما يكفي »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٤٦٨).

(٣) قال إمامُ الحرمين في (نهاية المطلب: ١٩ / ٣٤١): « وفي النفس شيءٌ من قوله: « إنْ أدَّيت » فإن هٰذا أداء من حيث الصورة، وإن كان لا يتصور فيه التمليك. . . »، وانظر: (فتح العزيز: ١٣ / ٤٦٩).



وإن لم نصحِّحْها، فأدّىٰ، عَتَقَ العبدُ بالصفة، ويرجعُ المؤدّي علىٰ السيدِ بما أدّىٰ، والسيد عليه بقيمةِ العبدِ.

قلتُ: الأصحُّ أنها لا تَصِحُّ. **والله أعلمُ**.

فَصْلٌ: إذا كاتبَ بعضَ عبدِهِ، إنْ كان باقيه حُرّاً، صَحَّت الكتابةُ؛ لأنها استغرقت الرقيقَ منه، فإنْ كاتبَ جميعَهُ، والحالةُ هٰذه، بَطَلَتْ في الحُرِّ منه. وفي الباقي قَوْلا تفريقِ الصَّفْقة. وكذا لو كان يعتقدُ الرقَّ في جميعه، فبانَ بعضُه حُرّاً، فإنْ قلنا: تفسُدُ، لم يَعْتِقْ حتَّىٰ يؤديَ جميعَ المسمَّىٰ؛ لتتحقَّقَ الصفةُ، فإذا عَتَقَ، استردَّ من السيد ما أدىٰ، وللسيدِ قِسطُ القَدْرِ الذي كاتبَهُ من القيمة.

وإنْ قلنا: تصحُّ[1]، فهل يستحقُّ جميع المُسَمَّىٰ، أم قِسْط الرقيق مِنَ القيمة؟ قولانِ، كالبيع إذا أجازه في المملوك.

أمَّا إذا كاتبَ بعضَ عبدٍ، وباقيه رقيقٌ، فللرقيقِ حالانِ.

أحدُهما: أَنْ يكونَ لهُ أيضاً، فلا تصحُّ كتابتُهُ علىٰ المذهب والمنصوص، وبه قطع الجمهورُ [١٣٤٣ / أ]. فإنْ صحَّحنا، وكان بينه وبين السيدِ مُهَايَأة، فكَسَبَ[2] النجومَ في نوبته، فأدَّاها، عَتَقَ القَدْرُ الذي كاتبَه، وسَرىٰ إلىٰ الباقي.

وإنْ لم تكن مُهَايأة، فَكَسْبُهُ بينهما، فإنْ كَسَبَ ما يفي بقسطِ السيدِ والنجومِ، عَتَقَ، وإنْ لم يَكْسِبْ إلاَّ قَدْرَ النجومِ، ففي العتْقِ خلاف، سنذكر نظيرَه إنْ شاءَ الله تعالىٰ.

وإنْ لم نصحِّحها، فهي كتابةٌ فاسدَةٌ، فإنْ أدّىٰ المال قبلَ أَنْ يفسَخَها السيدُ، عَتَقَ، والسِّرَاية كما ذكرنا، ثم يرجعُ المكاتَبُ علىٰ السيد بما أدَّىٰ، ويرجعُ السيدُ عليه بقِسْطِ القَدْرِ المكاتَبِ من القيمة، ولا يرجعُ بقسْطِ ما سَرَىٰ العتقُ إليه؛ لأنه لم يَعْتِقْ بحُكمِ الكتابةِ.

الحالُ الثاني: أَنْ يكونَ الباقي لغيره، فإذا كاتبَ أحدُ الشريكَين نصيبَه، إنْ كان بإذنِ الآخَر، فقولانِ.

---

(١) في المطبوع: « يصح ».

(٢) في المطبوع: « وكسب ».

أظهرُهما: لا تصِحُّ[1]؛ لأنَّ الشريكَ الآخَرَ يمنعُهُ من التردُّد والمسافَرة، ولا يمكنُ أَنْ يصرفَ إليه سهمُ المكاتَبين من الزكاة.

والثاني: تصح، كما يصحُّ إعتاقُ بعضهِ.

وإنْ كاتبَهُ بغيرِ إذنِ الآخَر، لم تصِحَّ علىٰ المذهب. وقيل بطَرْدِ الخلافِ.

فإنْ أفسَدْنَا كتابةَ الشريكِ، فللسيدِ إبطالُها، فإنْ لم يَفْعَلْ، ودفعَ العبدُ إلىٰ الذي لم يكاتِبْهُ بعضَ كَسْبِهِ، وإلىٰ الذي كاتبَ[2] بعضَه بِحَسَبِ المِلْكِ حتَّىٰ أدَّىٰ مالَ الكتابة، عَتَقَ، ويقوَّمُ نَصِيب الشريك علىٰ الذي كاتبَ، بشرط يَساره، ويرجعُ العبدُ عليه بما دفعَ، ويرجعُ هو علىٰ العبد بِقسْطِ القَدْرِ الذي كاتبهُ من القيمة.

وإنْ دفعَ جميع ما كَسَبَهُ إلىٰ الذي كاتبَهُ حتَّىٰ تَمَّ قَدْرُ النجوم، فوجهانِ، ونقلهما الصيدلانيُّ قولين.

أحدهما: يَعْتِقُ؛ لأنَّ العتقَ في الكتابة الفاسدة يتعلَّقُ بحصول الصفَةِ، وقد حَصَلَتْ.

وأصحُّهما: لا يَعْتِقُ؛ لأن المعاوضةَ تقتضي إعطاءَ ما يملكه[3]؛ لينتفعَ به المدفوعُ إليه.

وأُجريَ الخلاف فيما لو قال: إنْ أعطيتَني عبداً، فأنتَ حُرٌّ، فأعطاه عبداً مغصوباً، هل يحصلُ العتقُ ؟ فإن قلنا: لا يَعْتِقُ فللذي لم يكاتِبْ أَنْ يأخذَ نصيبَه مما أخذَه الذي كاتَبَ، ثم إنْ أدَّىٰ العبدُ تمامَ النجُوم مِنْ حِصَّته من الكَسْبِ، عَتَقَ، وإلاَّ، فلا.

وإنْ قلنا: يَعْتِقُ، فيأخذُ نصيبَه أيضاً. والتراجعُ بين الذي كاتَبَ والعبد، وسرايةُ العتقِ علىٰ ما سبقَ.

وإنْ صحَّحنا كتابةَ الشريك، فدفعَ العبدُ مِنْ كَسْبه إلىٰ الذي كاتبه حِصَّته، أو جرَتْ بينه وبين الذي لم يكاتِبْهُ مُهَايأة، فدفعَ ما كَسَبَهُ في نوبةِ نفسهِ إلىٰ الذي كاتَبه

---

(١) في المطبوع: « يصح ».

(٢) في (أ): « كاتبه ».

(٣) في المطبوع: « تملكه ».



حتَّىٰ تمَّتِ النجومُ، عَتَقَ، وقُوِّمَ عليه نصيب الشريك إنْ كان موسِراً، وكذا لو أبرأه عن النجوم، أو أعتقَهُ. وإن دفعَ إليه كُلَّ كَسْبِهِ حتَّىٰ تَمَّ قَدْرُ النجوم، فقيل: في حُصول العتقِ وجهان، أو قولانِ، كما ذكرنا؛ تفريعاً علىٰ الفسادِ، والمذهبُ: القطعُ بالمنع؛ لأن الكتابةَ إذا صحَّت، غلبَ فيها حكم المعاوضة(١).

وفي المُعَاوضات(٢) تسليمُ(٣) غيرِ المملوكِ كعدمه، وأَمَّا الفاسدَةُ، فيغلبُ(٤) فيها حكمُ الصفَةِ.

فَرْعٌ: أَذِنَ لِشريكه(٥) في كتابةِ نصيبِهِ، فله أَنْ يرجعَ عن الإذنِ، فإنْ لم يعلم الشريكُ برجوعه حتَّىٰ كاتَبَ، فعلىٰ الخلاف [١٣٤٣ / ب] في تصرُّف الوكيلِ بعد العَزْلِ وقبلَ العلمِ به.

ولو كاتبَ نصيبَه بإذنِ الشريكِ، وجوَّزْناه، فأرادَ الآخَرُ كتابةَ نصيبهِ، هل يحتاجُ إلىٰ إذنِ الأولِ ؟ وجهانِ.

فَرْعٌ: كاتبَ أحدُهما نصيبَه، وقال للآخَر: كاتبْتُهُ بإذنِكَ، فأنكرَ، فإنْ قال مع ذٰلك: قد أَدَّىٰ المالَ، عَتَقَ بإقراره، وقُوِّمَ عليه نصيبُ الشريك إنْ كان موسراً.

وإنْ لم يُقِرَّ بالأداء، فالقولُ قولُ المنكِرِ بيمينِهِ، فإنْ حلفَ، بَطَلَتِ الكتابةُ، وإنْ نَكَلَ، حلفَ الذي كاتَبَ، فإنْ نَكَلَ، حلفَ العبدُ. هٰكذا حكاهُ ابْنُ كَجٍّ عن ابْنِ القَطَّانِ.

قال: وعِندي(٦) ينبغي أَنْ يكونَ هٰذا التداعي بين الشريكِ والمكاتبِ، فإذا ادَّعىٰ المكاتِبُ الإذنَ، وأنكرَ الشريكُ، صُدِّقَ، فإنْ نَكَلَ، حلف المكاتب، وثبتت الكتابةُ.

فَرْعٌ: إذا كاتبَ الشريكانِ العبدَ معاً، أو وكَّلا مَنْ كاتَبهُ، أو وكَّلَ أحدُهما الآخَرَ

---

(١) في المطبوع: « العارضات »، خطأ.
(٢) في المطبوع: « العارضات »، خطأ.
(٣) في المطبوع: « تسلم »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٤٧٤).
(٤) في (أ)، والمطبوع: « فالمغلَّب »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٤٧٤).
(٥) في المطبوع: « الشريك »، وكذا في (فتح العزيز: ١٣ / ٤٧٤).
(٦) في المطبوع: « وعنده ».

فكاتَبَهُ، صحَّتِ الكتابةُ قطعاً إِنِ اتفقتِ النجومُ؛ جِنساً وأَجَلاً وعدداً، وجَعَلا حِصَّة كُلِّ واحدٍ من النجوم بحسَب اشتراكهم في العبد، أو أطلقَا؛ فإنها تقسمُ كذٰلك.

وإِنِ اختلفتِ[1] النجومُ في الجنس، أو قَدْرِ الأجَلِ، أو العدد، أو شَرَطَا[2] التساوي في النجوم مع التفاوت[3] في المِلْك، أو بالعكس، ففي صحَّة كتابتهما القولان فيما إذا انفردَ أحدُهما بكتابة نصيبِهِ بإذنِ الآخرِ.

وقيل: تَبْطُلُ قطعاً، فلا يشترطُ استواءُ مِلْكِ الشريكَين في الذي تكاتَبا فيه.

وقيل: يشترطُ، وليس بشيء.

فَرْعٌ: مَنْ بعضُه رقيقٌ، لا يجوزُ صرفُ الزكاة إليه للقَدْرِ المكاتَبِ منه علىٰ الصحيح، أو المشهورِ، وحُكِي وجهٌ وقولٌ، ومالَ الرُّوْيَانِيُّ إلىٰ تفصيلٍ حَسَنٍ، وهو أنه إِنْ لم يكن بينهما مُهَايأةٌ لا يجوز، وإلَّا فيجوزُ في يوم نفسهِ.

فَرْعٌ: إذا كاتباه، ثم عَجَزَ، فعجَّزه أحدُهما، وفسخَ الكتابة، وأراد الآخَرُ إنظارَه وإبقاءَ الكتابةِ، فالمذهبُ أنه كابتداءِ الكتابة، فلا يجوز بغيرِ إذن الشريكِ علىٰ المذهب، ولا بإذنه علىٰ الأظهر.

ومنهم مَنْ قطعَ بالجواز بالإذنِ؛ لأنَّ الدوامَ أقوىٰ من الابتداء.

وهل يكون التوافق علىٰ ابتداءِ الكتابة إذناً في إبقائها؟ وجهانِ.

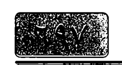
أحدُهما: نَعَمْ؛ لأنهما إذا توافقا فقد رَضيا بأحكامِها. ومِنْ أحكامِها جوازُ الإنظار عند[4] العَجْز.

وأصحُّهما: المنعُ، وجعل الإرقاق ناقضاً لما جرىٰ به الإذنُ.

ولو كاتبَ رجلٌ عبدَه، ومات عن ابنين، وعجزَ المكاتب، فأرقَّه أحدُهما، وأراد الآخَرُ إنظارَه، ففيه الطريقان، وأَوْلىٰ بالمنعِ[5]؛ لأنها صدرت أوَّلاً [من] واحدٍ، فيصيرُ كأنه كاتبَ بعضَ عبدِهِ.

---

(١) في (ظ): « اختلف ».
(٢) في المطبوع: « شرط »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٤٧٤).
(٣) في (ظ)، والمطبوع: « التساوي »، خطأ. المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٤٧٤).
(٤) في (ظ)، والمطبوع: « عن »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٤٧٥).
(٥) في المطبوع: « بالإبقاء » بدل: « بالمنع ».



فَصْلٌ: قد ذكَرْنا الكتابةَ الصحيحةَ بأركانها وشروطها.

فأمَّا التي لا تصِحُّ، فتنقسمُ إلىٰ باطلةٍ وفاسدةٍ:

أمَّا الباطلةُ، فهي التي اختلَّ بعضُ أركانها؛ بأَنْ كان السيدُ صبيّاً، أو مجنوناً، أو مُكْرَهاً علىٰ الكتابة، أو كان العبدُ كذلك، أو كاتبَ وليُّ الصبيِّ والمجنون عبدَهما، أو لم يَجْرِ ذِكرُ عِوَض، أو ذكر ما لا يقصدُ، ولا ماليَّةَ فيه، كالحشراتِ، والدمِ، أو اختلَّت الصيغةُ؛ بأَنْ فقدَ الإيجاب أو القَبول، أو لم يوافِقْ أحدُهما الآخر [١٣٤٤ / أ].

وأمَّا الفاسدة، فهي التي اختلَّت صحتُها لشرطٍ فاسدٍ في العِوَض؛ بأَنْ ذكرَ خمراً، أو خِنزيراً، أو مجهولاً، أو لم يؤجِّله، أو لم يُنَجِّمْهُ، أو كاتبَ بعضَ العبد.

وضبطها الإمامُ[١] فقال: إذا صدَرتِ الكتابةُ؛ إيجاباً وقَبولاً ممَّن تصحُّ عبارَتُهُ، وظهرَ اشتمالُها الماليَّةَ، لـٰكنها لم تَجْمَعْ شرائطَ الصحَّة، فهي الكتابةُ الفاسدة.

وجعل الصَّيدلانيُّ الكتابةَ علىٰ دمٍ أو ميتةٍ كتابةً فاسدةً، كالكتابة علىٰ خمرٍ.

إذا عرفَ هـٰذا، فالكتابةُ الباطلةُ لاغية، إلَّا أنه إذا صرّحَ بالتعليق، وهو مِمَّن يَصِحُّ تعليقُهُ، ثبتَ حكمُ التعليق.

وأمَّا الفاسدةُ، فإنها تشاركُ الصحيحةَ في بعض الأحكام، كما سنذكره [علىٰ الأثر] إنْ شاء اللهُ تعالىٰ بخلافِ البيعِ وغيره مِنَ العقود، لا يفرقُ بين فاسِدها وصحيحِها؛ لأن مقصودَ الكتابةِ العِتْقُ، وهو لا يبطلُ بالتعليق علىٰ فاسد.

قال الأصحابُ: تعليقُ العتقِ بالصفةِ ثلاثة أَقسامٍ.

أحدها: التعليقُ الخالي عن المعاوضة، كقوله: إنْ دَخَلْت الدار، أو كلَّمت فلاناً، فأنتَ حُرٌّ؛ ومن هـٰذا: إنْ أديتَ إليَّ كذا، فأنتَ حُرٌّ، فإنَّ المالَ ليس مذكوراً علىٰ سبيل المعاوضة، فهـٰذا القسم لازِمٌ من الجانبين، فليس للسيدِ، ولا للعبدِ، ولا لهما، رفعُهُ بالقول، ويبطلُ بموت السيدِ.

---

(١) انظر: (نهاية المطلب: ١٩ / ٣٥٧).

وإذا وُجدت الصفةُ في حياة السيدِ، عَتَقَ، وكَسْبُهُ قبل وجودِ الصفةِ للسيدِ.

ولو أبرأه في صورةِ التعليقِ بأداءِ المالِ عن المال، لم يَعْتِقْ، ولا تراجُعَ بين السيد وبينَـهُ.

القسمُ الثاني: التعليقُ في عقد يغلب فيه مَعنىٰ المعاوضة، وهو الكتابة الصحيحة، وستأتي أحكامُها إنْ شاءَ الله تعالىٰ.

الثالث: التعليقُ في عقدٍ فيه معنىٰ المعاوضةِ، ويغلبُ فيه معنىٰ التعليق، وهو الكتابةُ الفاسِدة، وهي كالصحيحة في أحكام.

أحدها: أنه إذا أدَّىٰ العبدُ المسمَّىٰ، عَتَقَ بموجبِ [التعليق]، ولا يَعْتِقُ بإبراء السيدِ، ولا بأداءِ الغيرِ عنه تبرُّعاً؛ لأنَّ الصفةَ لا تحصلُ بهما. ولو اعتاض عن المسمَّىٰ، لم يَعْتِقْ أيضاً.

الثاني: أنه يستقلُّ بالاكتسابِ، فيتردَّدُ ويتصرَّفُ، فيؤدِّي المسمَّىٰ، ويَعْتِقُ. وإذا أدَّىٰ، فما فَضَلَ من الكسب، فهو له؛ لأن الفاسِدة كالصحيحةِ في حصولِ العتقِ بالأداء، فكذٰلك في الكَسْبِ، وولدُ المكاتَب من جاريةٍ، ككَسْبه، لٰكن لا يجوزُ له بيعُهُ؛ لأنه مكاتب عليه، فإذا عَتَقَ، تبعَهُ، وعَتَقَ عليه. وهل يتبعُ المكاتَبَةَ كتابةً فاسدةً ولدُها ؟ طريقان.

المذهب: نَعَمْ، كالكَسْبِ.

والثاني: قولانِ، كما سبقَ في بابِ التدبيرِ في ولدِ المعلَّق عِتْقُها بصفَةٍ.

الثالث: ذكرَ الإمامُ[١]، والغزاليُّ أنه إذا استقلَّ، سقطَتْ نفقتُهُ عن السيدِ، وأنَّ له[٢] معاملتَهُ كالمكاتَب كتابةً صحيحةً.

والذي ذكره البغويُّ[٣]: أنه لا تجوزُ معاملتُهُ مع السيدِ، ولا ينفذُ تصرُّفه فيما في [يده]، كما في المعلَّق عتقُهُ بصفَةٍ، ولعلَّ هٰذا أقوىٰ.

---

(١) انظر: (نهاية المطلب: ١٩ / ٣٦٠).

(٢) كلمة: « له » ساقطة من المطبوع.

(٣) انظر: (التهذيب: ٨ / ٤٢٧).

فَرْعٌ: المكاتَبُ كتابةً صحيحةً، هل له السفَرُ بغيرِ إذنِ السيدِ ؟ فيه نَصَّانِ، فقيل: قولان.

أظهرهما: الجوازُ؛ لأنه يستعينُ به على الكسبِ، ولأنه في يدِ نفسهِ، وعليه دَين مؤجَّل، فلم يمنع السفر. وقيلَ: نَصُّ الجوازِ محمولٌ [١٣٤٤ / ب] على سفرٍ قَصيرٍ، والمنعُ على طويلٍ.

وقيل: الجوازُ إذا لم يَحِلَّ النَّجْمُ، والمنعُ إذا حَلَّ، فإنْ جوَّزْناه، فهل يجوزُ للمكاتَب كتابةً فاسدةً ؟ وجهان.

أصحهما: لا.

فَرْعٌ: وتفارق[1] الفاسدةُ الصحيحةَ في أمور.

أحدها: إذا أدَّى المسمَّى في الفاسدة، وعَتَقَ، رجعَ على السيد بما أدَّى، ورجعَ السيدُ عليه بقيمته يوم العتقِ.

وفي قول ضعيفٍ: يرجعُ بقيمةِ يومِ العقدِ، فإنْ هلكَ المسمَّى في يدِ السيدِ، رجعَ العتيقُ بمثلِهِ[2] أو قيمتِهِ، فإنْ كان الواجبُ على السيدِ مِنْ جنسِ القيمة؛ بأَنْ كان غالب نَقْدِ البلد، فهو على أقوالِ التقاصِّ، وسنذكُرها إنْ شاء الله تعالى.

وإذا حصلَ التقاصُّ، وفَضَلَ لأحدِهما شيءٌ، رجعَ به، وإنما يثبتُ التراجُعُ إذا كان المسمَّى مالاً، فإنْ كان خمراً، أو نحوَه، لم يرجعِ العتيقُ على السيدِ [بشيء]، ويرجعُ السيدُ عليه بالقيمة.

الثاني: للسيدِ فسْخُ الكتابة الفاسدة، بخلافِ الصحيحةِ. ثم إنْ شاءَ فَسَخَ بنفسه، وإنْ شاء رفعَ الأمر إلى القاضي، ليحكُمَ بإبطالها، أو يفسخَها.

قال الرُّوْيَانِيُّ[3]: وهو كما لو وجدَ المشتري المبيعَ مَعِيباً، له أَنْ يفسَخَ بنفسهِ، وله أَنْ يرفَعَ الأمرَ إلى القاضي ليفسَخَ، ولا يبطِلُها القاضي بغيرِ طلبِ السيدِ.

---

(١) في المطبوع: « تفارق » بدون « الواو ».
(٢) في المطبوع: « بثلثه ».
(٣) **الروياني:** هو القاضي عبد الواحد بن إسماعيل، صاحب « البحر ».

وقال ابْنُ سَلَمَةَ[1] : لا سبيلَ إلىٰ إبطالِ الفاسدةِ بالقولِ؛ لأن العتقَ فيها يحصلُ بالتعليقِ، والتعليقُ لا يصِحُّ إبطالُهُ، والصحيح : الأولُ. فإذا فسخَها، أو حكمَ الحاكمُ بإبطالها، ثم أدَّىٰ المسمَّىٰ، لم يَعْتِقْ؛ لأنه إنْ كان تعليقاً، فهو في ضمن مُعاوضته، فإذا ارتفعَت المعاوَضة، ارتفعَ ما تضمَّنته من التعليق، وليشهدِ السيد علىٰ الفسخ، فإنْ أدّىٰ المسمَّىٰ، وقال : أدَّيتُهُ قبلَ الفسخ، وقال السيدُ : بل بعدَه، صُدِّقَ العبدُ؛ لأن الأصلَ عَدَمُ الفسخ، وعلىٰ السيد البيِّنةُ.

الثالث: إذا أعتقَ المكاتَب كتابةً فاسدةً، لا عَنْ جِهة الكتابةِ، أو باعَه، أو وهبَهُ، كان فَسْخاً للكتابة.

ولو أعتقَهُ عن كَفَّارة، أجزأه، نصَّ عليه في [الأُمِّ].

قال الشيخُ أبو عليٍّ[2] : إذا عَتَقَ لا عَنْ جهةِ الكتابة، لا يتبعُهُ الكسبُ والولدُ، بخلاف الكتابةِ الصحيحةِ؛ لأن المكاتَب هناك استحقّ العتقَ علىٰ السيدِ بعقدٍ لازمٍ، واستحقَّ استتباع الولدِ والكسب، فليس للسيدِ إبطالُهُ، وهنا[3] لا استحقاقَ علىٰ السيدِ، فجعلَ فاسخاً.

قال : وعَرَضْتُ هـٰذا علىٰ القَفَّال، فاستحسنه، وأقرَّني عليه، ولم يَرَ غيره.

وحكىٰ الإمامُ وجهاً : أنه لا يجزئُ عن الكفَّارة، ولا يتبعُهُ الولدُ والكسبُ، والصحيح : الأولُ.

الرابع: تَبْطُلُ الكتابَةُ الفاسدةُ بموتِ السيدِ، ولا يَعْتِقُ بالأداء إلىٰ الوارثِ بعد الموتِ، بخلاف الصحيحةِ، فإنْ قال : إنْ أَدَّيتَ إلىٰ وارثي كذا بعد موتي، فأنتَ حُرٌّ، عَتَقَ بالأداء إليه.

الخامسُ: لا يجبُ الإيتاءُ في الفاسِدة.

السادس: لو كاتبَ أمَةً كتابةً فاسدةً، وعَجَزت عن الأداءِ فَأَرَقَّها، أو فسخَ

(١) هوأبو الطيب، محمد بن المفضّل بن سَلَمَةَ.
(٢) هو الشيخ أبو عليٍّ السِّنْجيُّ، الحُسَين بن شُعَيب.
(٣) في المطبوع: « وهناك ».



الكتابةَ قبلَ عَجْزها، لم يجبِ الاستبراءُ، بخلاف الصحيحةِ.

السابع: لو عجّلَ النجوم في الكتابة الفاسدة، فهل يَعْتِقُ كالصحيحة، أم لا؛ لأن الصفَةَ لم توجَدْ على وجهها؟ وجهانِ.

قلتُ: أصحُّهما الثاني. **واللهُ أعلمُ**.

الثامن[1]: يلزمُ السيدَ فِطْرَةُ المكاتَب كتابةً [١٣٤٥ / أ] فاسدةً.

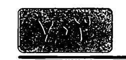
التاسعُ: هل يُصرفُ سهمُ المكاتَبين إلى المكاتَب كتابةً فاسدةً؟ وجهان.

الأصح المنصوص: المنعُ.

العاشِرُ: المسافَرةُ ممنوعةٌ في الفاسدَة على المذهب، جائزةٌ في الصحيحة على المذهب، كما سبقَ. وبالله التوفيقُ.

---

(١) في المطبوع زيادة: « مَنْ »، وهي إقحام ناسخٍ، أو غيره.





البابُ الثاني
في أَحكامِ الكِتابةِ الصَّحيحةِ

هي خَمسةٌ:

الأولُ: حُصولُ العتقِ، ويتعلَّقُ بما يَحْصُلُ به العتقُ مسائِلُ:

إحداها: أنه يحصلُ بأداءِ كُلِّ النُّجوم، وكذا بالإبراء، وفي حُصولِه بالاستبدالِ عن النجوم خلاف، سنذكره إنْ شاءَ الله تعالىٰ.

وإذا جوَّزْنا الحَوالَةَ بالنجوم، أو عليها، حصلَ العتقُ بنفسِ الحَوالة.

ولو أدّىٰ بعضَ النجوم، أو أبرأه عن بعضها، لم يَعْتِقْ شيءٌ منه؛ بل يتوقَّفُ علىٰ الجميع؛ للحديث الحَسَنِ: « **المُكاتَبُ عَبْدٌ ما بقيَ عَلَيْهِ دِرْهَمٌ** »[(١)].

ولو كاتبَ عبيداً صَفْقةً واحدةً، فقد سبق أَنَّ المذهبَ صحَّتُها، وأنه إذا أَدَّىٰ بعضُهم حِصَّتَه، عَتَقَ، وإنْ لم يُؤَدِّ الآخرون شيئاً.

ولو كاتبَ اثنانِ عبدَهما معاً، فَلْيُسَوّ بينهما في الأداء، ولا يَعْتِقُ نصيبُ أحدِهما بأداء نصيبِهِ منَ النُّجوم، كما سيأتي إنْ شاءَ الله تعالىٰ.

ولو كاتبَ إنسانٌ عبداً، ومَاتَ، وخلَّفَ ابنَين، فأدىٰ نصيبَ أحدِهما بغيرِ إذنِ الآخَر، لم يَعْتِقْ. وإن أَدّىٰ بإذنه، ففي عتقِهِ خلافٌ سنذكره إنْ شاءَ الله تعالىٰ.

---

(١) أخرجه (أبو داود: ٣٩٢٦)، و(البيهقي في السنن الكبرىٰ: ١٠ / ٣٢٤) من حديث عمرو بن شُعيب، عن أبيه، عن جدّه، وحسَّنه المصنف كما ترىٰ، وقال الحافظ في (بلوغ المرام: ٤٠٠) بتحقيقي: « أخرجه أبو داود بإسنادٍ حَسَنٍ، وأصله عند أحمد والثلاثة، وصححه الحاكم »، وانظر: (التلخيص الحبير: ٤ / ٢١٦).

الثانيةُ: لا تنفسخُ الكتابةُ بجنون السيِّد، ولا العبدِ، ولا بإغمائِهما.

فإنْ جُنَّ السيدُ، فعلىٰ المكاتَب تسليمُ النجوم إلىٰ وليِّه، فإنْ سلَّم إليه، لم يَعْتِقْ؛ لأنَّ قَبْضَهُ فاسِد، ولو تلفَ في يده، فلا ضمانَ؛ لتقصيرِهِ بالتسليم إليه.

ثم إنْ لم يكُنْ في يدِ المكاتَب شيء آخَرُ يؤدِّيه، فللوليِّ تَعْجيزُهُ.

ولو حُجِرَ عليه بالسَّفَهِ، فهو كالجنونِ، فلو أدَّىٰ المكاتبُ إليه في حال الحَجْرِ، وعَجَّزه الوليُّ، ثم رُفِعَ الحَجْر عنه، استمرَّ التعجيزُ. وقيل: فيه قَولانِ، كما سبقَ في المرتدِّ إذا[1] أخذَ[2] النجوم، وعجَّزَ الحاكم المكاتبَ، ثم أسلمَ المرتدُّ، والمذهبُ: الأولُ؛ لأنَّ حَجْرَ السَّفَهِ أقوىٰ. ولهـٰذا لا ينفذُ تصرُّفه قطعاً، بخلافِ المرتدِّ في قولٍ، ولأن حَجْرَ السَّفَهِ؛ لحفظِ ماله. فلو حُسِبَ عليه ما أخذَه، وأتلفَه في حال الحَجْر، لم يحصلْ حفظ المال، وحَجْرُ المرتدِّ لِحَقِّ المسلمينَ، فإذا أسلمَ، لم يبقَ لهم في مالِهِ حَقٌّ.

وأمَّا إذا جُنَّ المكاتَب، فأدَّىٰ في جنونه، أو أخذَه السيدُ من غيرِ أداء منه، فَيَعْتِقُ؛ لأن قبضَ النجوم مستحقٌّ.

ولو أخذها المولىٰ من غير إقباضٍ من المكاتب، وقعَ موقِعَه.

هـٰذا هو[3] المعروفُ في المذهب.

وقال الإمامُ[4]: إنْ عَسُرَ وصولُ السيدِ إلىٰ حقِّه إلاَّ من جهةِ قبضِ ما يصادِف، فله ذلكَ، وإن أمكنَ مراجعةُ الوليِّ، فلا وجْهَ لاستبدادِهِ بالقبض، فلو استبَدَّ، لم يصحَّ، وإذا لم يصحَّ، فلو أقبض المجنونُ، لم يكن لإقباضه حُكْمٌ.

وحكىٰ قولاً أو وجهاً أن الكتابة تنفسخ بجنون المكاتبِ[5]، والمذهبُ: الأولُ.

---

(١) في (ظ): « وإذا ».
(٢) في (فتح العزيز: ١٣ / ٤٨٥): « أَخَّر ».
(٣) كلمة: « هو » ساقطة من المطبوع.
(٤) انظر: (نهاية المطلب: ١٩ / ٣٦٢).
(٥) انظر: (نهاية المطلب: ١٩ / ٣٦٢ ـ ٣٦٣).

هـٰذا في الكتابة الصحيحة، أمَّا الفاسدةُ، [فهل] تبطُلُ بجنونِهما وإغمائِهما ؟ فيه أوجُهٌ.

أحدُها: نَعَمْ، كالشركَةِ.

والثاني: لا، كالبيع بشرط الخِيار.

وأصحُّها عند الجمهور، وهو ظاهِرُ النصِّ: تبطلُ بِجنون السيدِ وإغمائِه، وبالحَجْر عليه، لا بجُنونِ العبدِ وإغمائِهِ؛ لأن الحَظَّ في الكتابة [للعبد] لا للسيِّدِ. فإنْ قلنا: لا تَبْطُلُ، فأفاقَ، وأدَّىٰ المُسمَّىٰ، عَتَقَ، وثبتَ [١٣٤٥ / ب] التراجُعُ.

قالوا: وكذا لو أخذَ السيدُ في جنونه، وقالوا: ينصبُ السيد[١] مَنْ يرجعُ له[٢].

وينبغي أَنْ لا يَعْتِقَ بأخْذِ السيدِ هُنا، وإنْ قلنا: يَعْتِقُ في الكتابة الصحيحة؛ لأن المغلَّبَ هنا التعليقُ، والصفةُ المعلَّق عليها الأداء[٣] من العبد، ولم يوجَدْ.

وإنْ قلنا: يبطُلُ، فأدَّىٰ المسمَّىٰ، لم يَعْتِقْ علىٰ الأصحِّ؛ لأنَّ العِتقَ بالتعليقِ في الفاسدَةِ يتبعُها، فإذا بَطَلَتْ، بَطَلَ التعليقُ، كما لو فسَخَها السيد[٤].

والثاني: يَعْتِقُ، فعلىٰ هـٰذا: قال الإمامُ[٥]: الوجهُ القطعُ بأَنْ لا تراجُعَ؛ لأن التراجُعَ مُقتضىٰ الكتابة الفاسدة، وقد زالت، وبقي التعليقُ المحْضُ.

وقيل: يثبُتُ.

قال: ومسَاقُهُ أَنْ يتبعَهُ الكَسْبُ، وهـٰذا ضعيف.

الثالثةُ: إذا كاتبَ الشريكانِ معاً، ثم أعتقَ أحدُهما نصيبَه، عَتَقَ.

وهل يسري إلىٰ نصيبِ الشريكِ إنْ كان موسِراً ؟ وجهان، أو قولان. الصحيحُ المشهور: يَسْري.

---

(١) في (فتح العزيز: ١٣ / ٤٨٦): « الحاكم » بدل « السيد ».
(٢) في (ظ): « عليه ».
(٣) في (أ)، والمطبوع: « بالأداء ».
(٤) في (ظ): « الثاني »، سبق قلم من الناسخ.
(٥) انظر: (نهاية المطلب: ١٩ / ٣٦٤).

وفي وقتِ السِّرَاية قولانِ.

أحدهما: في الحال؛ لئلاَّ تتبعَّضَ الحريَّةُ.

وأظهرُهما: لا يثبتُ في الحال؛ لأنه قد انعقدَ سببُ الحرِّية في النصفِ الآخَر، وفي التعجيل ضررٌ علىٰ السيدِ؛ لفَواتِ الولاءِ، وبالمكاتب بانقطاعِ الولَدِ والكسْبِ عنه.

فإنْ قلنا: تتعجَّلُ السِّرايةُ، فهل تنفسخُ الكتابةُ في نصيبِ الشريكِ، أم يَسْري العتقُ مع بقاء الكتابة ؟ وجهان. الصحيحُ، وبه قطعَ الجمهورُ: تنفسخُ؛ لأنَّ الإعتاقَ أقوىٰ من الكتابة، فعلىٰ هـٰذا: يَعْتِقُ كُلُّهُ علىٰ الشريكِ المعتق[١]، ويكونُ له الولاءُ.

والثاني: يَسْري العتقُ مع بقاء الكتابة؛ لئلاَّ يبطلَ حَقّ الغير، فعلىٰ هـٰذا: ولاءُ النصفِ الآخَر للشريكِ، لا للمعتق حينئذ[٢].

وإنْ قلنا: لا تتعجَّلُ السِّرايةُ، فأدّىٰ نصيبَ الآخَر من النجوم، عَتَقَ عن الكتابة، وكان الولاءُ بينهما. وإنْ عَجزَ، وعادَ إلىٰ الرقِّ ثبتت السرايةُ حينئذ، ويكونُ الولاءُ كُلُّه للمعتقِ، ويجيءُ الخلافُ في أنها تَثْبُتُ[٣] بنفس العَجْزِ، أَمْ بأداءِ القيمةِ، [أم يتبيَّنُ[٤] بأداءِ القيمةِ] حصولُ التعليقِ من وقتِ العجزِ ؟ ويجري هـٰذا الخلافُ علىٰ قولنا بتعجيل السِّراية.

وإنْ مات قبلَ الأداءِ والعجزِ، فقد مات بعضُه رقيقاً، وبعضُه حُرّاً. وهل يورثُ ؟ فيه القولانِ السابقانِ في الفرائض.

ولو أبرأه أحَدُ الشريكَين عن نصيبه مِنَ النجوم، فهو كما لو أعتقَهُ، والقولُ في السِّرايةِ، وفي وقتِها كما ذكرنا لو أعتقَ أحدُهما نصيبَه. [ولو قبضَ أحدُهما نصيبَه] من النجوم برضَا صاحِبِهِ، فهل يَعْتِقُ نصيبُهُ ؟ فيه خلافٌ سنذكره في الحكْمِ الثاني إنْ شاءَ الله تعالىٰ. فإنْ قلنا: يَعْتِقُ، فهو كالإعتاقِ في السِّراية ووقتها. قال الإمامُ:

---

(١) في (ظ)، والمطبوع: « للمعتق ».

(٢) قوله: « حينئذ » ليس في (أ).

(٣) في المطبوع: « ثبتت ».

(٤) في المطبوع: « يثبت »، خطأ.

ولا نقول: إنه مجبرٌ علىٰ القبضِ فَلا يَسْري؛ لأنه مختارٌ في إنشاءِ الكتابة التي اقتضَتْ إجبارَه علىٰ القبض، فهو كما لو قال أحَدُ الشريكَين: إذا طلعتِ الشمسُ فنصيبي حُرٌّ، فإذا طَلَعَتْ، عَتَقَ نصيبُهُ، وسرىٰ؛ لأنه مختارٌ في التعليقِ.

ولو كاتبَ عبداً، ومات عن ابنَين، فَعَتقَ أحدُهما نصيبَه، وقلنا: يَعْتِقُ نصيبُه علىٰ ما سيأتي إنْ شاءَ الله تعالىٰ، لم يَسْرِ؛ لأنه مُجبرٌ علىٰ القبض، وابتداءُ الكتابةِ لم يصدُرْ منه.

فَرْعٌ: قال العبدُ لمالكَيه، وقد كاتَباه: قد أعطيتُكما النجومَ، وأنكرا، صُدِّقا باليمين.

وإنْ صَدَّقه أحدُهما، وكذَّبه الآخَر، عَتَقَ نصيبُ المصدّق [١٣٤٦ / أ]، ويصدَّقُ المكذِّب بيمينه. وهل يَسْري العتقُ؟ فيه خلاف سنذكره قريباً، إنْ شاءَ الله تعالىٰ، والمذهبُ: المنعُ، والاختلافُ في غيرِ النجم الأخير، كالاختلافِ فيه؛ لأنَّ العتقَ لا يحصلُ بغير الأخير.

ولو قال المكاتَب لأحدهما: دفعتُ إليكَ جميعَ النجوم؛ لتأخذَ نصيبَكَ، وتدفعَ نصيبَ الآخَر إليه، فقال: دفعتَ إليَّ نصيبي، ودفعتَ نصيبَ الآخَر إليه بنفسكَ، وأنكرَ الآخَرُ القبضَ، عَتَقَ نصيبُ المُقرِّ، وصُدِّقَ في أنه لم يَقْبِضْ نصيبَ الآخر بيمينِهِ، وصُدِّقَ الآخَر في أنه لم يَقْبِضْ نصيبَهُ، ولا حاجةَ إلىٰ اليمين؛ لأنَّ المكاتَبَ لا يدَّعي عليه شيئاً.

ثم يتخيَّرُ المنكرُ بين أَنْ يأخذَ حِصَّته من النجوم من العبد، وبين أَنْ يأخذَ من المُقِرِّ نصفَ ما أَخَذَ؛ لأنَّ كَسْبَ المكاتَبِ مُتعلِّق حَقِّهما بالشركة، ويأخذ الباقي من العبد، ولا تقبلُ شهادة المقرّ عليه؛ لأنه مُتَّهم بدفع المشارَكة عنه.

وإذا عَجَزَ المكاتَب عَمَّا طالبَ المنكِر به، فله تعجيزُهُ وإرقاقُ نَصيبه.

ثم عن نَصِّه في «الإملاء»: أنه يقوّم ما أرقَّه علىٰ المقرِّ، ونقله ابْنُ سَلَمَةَ، وابْنُ خَيرانَ إلىٰ الصورةِ السابقةِ، وجعلوا التقويمَ عند العجز في الصورتَين علىٰ قولين، وامتنعَ الجمهورُ من نقله إلىٰ تلك الصورة، وفرَّقوا بأن العبد هناك يقول: أنا حُرٌّ كاملُ الحالِ، فلا يستحقّ التقويم، وهنا يعترفُ بأَنَّ نصيبَ المنكر منه لم يَعْتِقْ.

ولو قال المكاتَبُ لأحدِهما: دفعتُ النجومَ إليك؛ لتأخذَ نصيبكَ وتدفعَ نصيبَ

الآخَر إليه، كما صوَّرنا، فقال في الجواب: قد فعلتُ ما أمرْتَ به، فأنتَ عتيقٌ، وأنكرَ الآخَرُ عِتْقَ نصيب المُقرّ، وصدّقَ المنكر بيمينه، فإذا حلفَ، بقي نصيبه مكاتباً، وله الخيارُ بين أخْذِ حصَّته من المكاتَب، وبين أخْذِه من المقرِّ؛ لإقراره بأخذها، ومن أيِّهما أَخذَ، عَتَقَ نصيبُهُ.

ثم إنْ أخذها من المكاتب، فله الرجوعُ علىٰ المقرِّ؛ لأنه وإنْ صدَّقه في الدفع إلىٰ الشريك؛ فإنه كان ينبغي أَنْ يشهدَ عليه.

وإنْ أخذَها من المُقِرِّ، فلا رجوعَ له علىٰ المكاتب؛ لاعترافه بأنه مظلوم.

وإذا[1] اختارَ الرجوعَ علىٰ المكاتب، فلم يأخُذْ حِصَّته من المُقرِّ، ولم يدفَعْها إلىٰ المنكر، وعَجَّزَ نفسَه، فنصفُهُ حُرٌّ، ونصفُهُ رقيق، فيقوّم علىٰ المقرّ، فيأخذ المنكِر منه قيمةَ النصفِ، ويأخذُ أيضاً ما أقرَّ بقبضه له؛ فإنه كسب النِّصْف الذي كان ملكَهُ.

الرابعةُ: كاتبَ عبداً، ومات عن ابنَين، فهما قائمانِ مَقامه في أنهما إذا أعتقاه أو أَبرآه عن النجوم، عَتَقَ، وكذا لو استوفياها.

ولو أعتقَهُ أحدُهما، أو أعتقَ نصيبَه، عَتَقَ نصيبُهُ، وكذا لو أبرأه أحدُهما عن نصيبه من النجوم.

وقال المُزَنيُّ: لا يَعْتِقُ نصيبُهُ بالإبراءِ حتَّىٰ يبرئه الآخَرُ، أو يستوفيَ منه، كما لو كان الأبُ حيّاً فأبرأه عن بعض النُّجوم.

وأجاب الأصحابُ بأَنَّ هناك لم يبرئه عن جميعِ ما له عليه، وهنا أبرأه الابنُ عن جميع ما له عليه، فصار كأحَد الشريكَين يبرئه عن نصيبه من النجوم، وهـٰذا الذي ذكرنا مِنْ أنه إذا أعتقَ الابنُ نصيبَه، أو أبرأه عن نصيبه، يَعْتِقُ، هو[2] الذي قطعَ به الأصحابُ.

وقال البغويُّ [١٣٤٦ / ب]: مُقتضىٰ سياقِ « المختصر » حصولُ قولَين في عِتْقِ نصيبه.

---

(١) في المطبوع: « فإذا ».
(٢) في المطبوع: « وهو ».

أحدهما: العِتْق.

وأظهرهما: المنعُ؛ بل يوقَفُ، فإِنْ أدّىٰ نصيبَ الآخَر، عَتَقَ كُلُّهُ، والولاءُ للأب، وإِنْ عَجَزَ، فإِنْ كان قد أعتقَ نصيبه، عَتَقَ الآن نصيبُهُ.

ثم إِنْ كان معسِراً، فله ولاءُ ما عَتَقَ، والباقي قِنٌّ للآخَر.

وإن كان موسِراً، قوِّمَ عليه الباقي، وبَطَلَتْ كتابةُ الأبِ، وكان ولاءُ الجميع للابن.

وإِنْ كان قد أبرأه عن نصيبِهِ مِنَ النجوم، لم يَعْتِقْ منه شيء بالعَجْز؛ لأنَّ الكتابة تَبْطُلُ بالعَجْز، والعتقُ في غير الكتابة لا يحصلُ بالإبراء، والمذهبُ ما قدَّمناه عن الأصحابِ. فعلىٰ هٰذا: إِنْ كان الذي أعتقَ نصيبَه، أو أبرأه مُعسِراً، بقيتِ الكتابة في نصيبِ الآخَر، فإِنْ عَجَزَ، عاد قِنّاً، وإِنْ أدّىٰ، وعَتَقَ، فولاؤُه للأب. وأمَّا وَلاءُ نصيبِ الأولِ، فالأصحُّ أنه للأبِ أيضاً.

وقيل: للابن.

وقيل: إن أعتقه، فله، وإِنْ أبرأه، فللأبِ.

وإِنْ كان موسِراً، فهل يَسْري العتقُ إلىٰ نصيبِ الشريكِ؟ إذا قلنا بالأصحِّ؛ لأنَّ الكتابةَ لا تمنع السِّرَايةَ؟ فيه قولان.

أحدهما: نَعَمْ، كما لو كاتبه شريكانِ، ثم أعتقَهُ أحدُهما.

وأظهرُهما: لا؛ لأن الكتابةَ السابقة تقتضي حصولَ العتقِ بها، والميتُ لا يقوَّم عليه، والابنُ كالنائب عنه، فإِنْ قلنا: يَسْرِي، فهل يَسْري في الحال، أم[1] عند العَجْز؟ قولانِ كما سبقَ في الشريكَين.

أظهرُهما: الثاني، فإِنْ قلنا يَسْري في الحالِ، فحكىٰ الإمامُ وجهَين في انفساخِ الكتابةِ فيما سَرَىٰ العتقُ إليه، كما حكاهما في صورة الشريكَين، والذي قطعَ به الجمهورُ: الانفساخُ فيه، وإثباتُ ولائه للمعتق، وفي ولاءِ النصفِ الأولِ وجهانِ.

أحدهما: للمعتق فقط؛ لأنَّ نصيبَ الآخر بقي رقيقاً.

---

(١) في المطبوع: « أو ».

وأصحُّهما: أنه لهما؛ لأنه عَتَقَ بحكم كتابةِ الأبِ، فيثبتُ له الولاءُ، وينتقلُ إليهما بالعُصُوبة.

وإذا قلنا: لا تنفسِخُ الكتابة فيما سرىٰ إليه، فولاءُ الجميع للأب.

وإنْ قلنا: إنَّ السرايةَ تثبُتُ عند العجز، فإنْ أدّىٰ نصيبَ الآخر، عَتَقَ كُلُّه، وولاؤُه للأب، وإنْ عَجَزَ، فطريقانِ.

أحدهما: تبطُلُ الكتابةُ، ويكون ولاءُ الجميعِ له.

وأصحُّهما: أنَّ ولاءَ ما سَرىٰ العتقُ إليه، وقوِّمَ عليه له.

وفي ولاءِ النصفِ الأولِ الوجهانِ. وقد يختصُّ الوجهان بصورة الإعتاق.

وفي صورة الإبراءِ يكونُ ولاءُ النصفِ للأب، ينتقلُ إليهما قطعاً.

أمَّا إذا قلنا: لا سِرَايةَ، فنصيبُ الآخَر مكاتَب، كما كان، فإنْ عَتَقَ بأداءٍ، أو إعتاقٍ، أو إبراءٍ، فولاءُ[1] الجميع للأب. وإنْ عَجَزَ، بقيَ نصيبهُ رقيقاً. وفي ولاء نصيبِ الأولِ الوجهانِ، هل هو له، أم لهما؟

ولو قبضَ أحَدُ الابنين نصيبَه من النجوم؛ إنْ كان بغيرِ إذنِ الآخَر، فهو فاسِد، وإنْ كان بإذنه، فقولانِ، كما سنذكره في الشريكَين إنْ شاءَ الله تعالىٰ.

فإنْ صَحَّحنا، فقال الإمامُ: لا سِراية بلا خلاف؛ لأنه يجبرُ علىٰ القبض. ولا سرايةَ حيثُ حصلَ العتقُ بغيرِ اختيارٍ.

وفي «التهذيب»: أن القولَ في عتقِ نصيبِهِ، وفي السِّرَاية كما ذكرنا فيما إذا أعتق نصيبَهُ، أو أبرأَ عَنْ نصيبه من النُّجوم، بلا فَرْقٍ. ولمن قال [١٣٤٧ / أ] بهـٰذا أَنْ يمنعَ كونه مجبراً علىٰ القبض، ويقولَ: له الإعتاقُ والإبراءُ، فإنْ لم يفعَلْهما، فيشبهُ أَنْ يقالَ: لا يجبرُ علىٰ الانفرادِ بالقبضِ، وإن جوَّزْناه؛ لأنه لو عجزَ عن نصيب الثاني، قاسم الأول فيما أخذ، فله الامتناعُ من قبض ما عسىٰ الثاني أَنْ يزاحمَهُ فيه.

فَرْعٌ: خلَّف ابنَين وعبداً، فادعىٰ العبدُ أَنَّ أباهما كاتَبَهُ؛ فإنْ كذَّباه، صُدِّقا بيمينهما علىٰ نفي العلمِ بكتابةِ الأبِ، فإنْ حلفَا، فذاكَ، وإن نـَكَلا، وحلفَ العبدُ

---

(١) في (ظ): «قوِّم».

اليمينَ المردودةَ، ثبتَتِ الكتابةُ، وإنْ حلفَ أحدُهما دون الآخر، ثَبَتَ الرقُّ في نصيبِ الحالفِ، وتردّ اليمين في نصيب الناكِل، فإنْ أقام بَـيِّنةً، اشترطَ رجلانِ؛ لأن المقصودَ الحريةُ لا المالُ.

وإنْ صَدَّقاه، أو قامَتْ بيِّنَةٌ، فالحكمُ ما سبقَ قبلَ الفرْعِ.

وإنْ صَدَّقه أحدُهما، وكذَّبه الآخر، فالمكذّب يصدّقُ بيمينه. وأمَّا نصيبُ المصدّق، فالصَّحيحُ ثبوت الكتابة فيه، ولا يضرُّ التبعيضُ فيه للضرورة.

ثم أطلقوا القولَ بقَبول شهادةِ المصدّق علىٰ المكذّب.

وقال الإمامُ: شهادته هـٰذه تثبتُ له حقوقاً؛ فإنَّ النجومَ موروثةٌ، فإنْ شهدَ بعد الإبراء من النجومِ، فله غَرَضٌ في السِّرَاية، فإنْ نَفَينا السِّرايةَ، اتجه القبول، وإذا حكَمْنَا بأنَّ نصيبَ المصدّق مكاتَبٌ، والآخر قِنٌّ، فنصفُ الكَسْبِ له، يُصرفُ في جهة النُّجوم، ونصفُه للمكذّب.

وإنِ اتفقا علىٰ مُهَايأةٍ، ليكسِبَ يوماً لنفسه، ويوماً للمكذّب، أو يخدُمه، جاز، ولا إجبارَ عليها علىٰ الأصحِّ، ولا تقديرَ في النوبتَين في المُهايأة.

وقال ابْنُ كَجٍّ: يجوزُ يومَينِ وثلاثةً، فإنْ زاد كسبُهُ، فوجهانِ.

وإذا أدَّىٰ النجومَ، وفَضَلَ شيء مما كَسَبَ لنفسه، فهو له.

ثم إنْ أعتقَ المصدِّقُ نصيبَ نفسهِ، عَتَقَ. وفي سِرَايته طريقانِ، قال الأكثرونَ: قولانِ، كما لو صدَّقاه، إلَّا [أنَّا] إذا قلنا بالسِّرَاية، ثبتَ هنا في الحال، ولا يجيءُ القولُ الآخَرُ؛ لأن صاحبَه مُنكر الكتابة، فلا يمكنُ التوقّف إلىٰ العجز.

وقيل: تثبتُ السِّرَاية في الحال قطعاً؛ لأن مُنْكِرَ الكتابة يقول: هو رقيقٌ لهما، فإذا أعتق صاحبه، ثبتَتِ السرايةُ، فإنْ قلنا: لا سِرَايةَ، فولاءُ ما عَتَقَ، هل يكونُ بينهما، أم ينفردُ به المصدِّقُ؟ وجهانِ. أصحُّهما: الثاني؛ لأن المنكرَ أبطلَ حقّه بالإنكارِ، فإنْ جعلناه بينهما، فمات هـٰذا العبدُ، ونصفُهُ رقيقٌ، وقلنا: إنَّ مثلَه يورثُ، وقفت حِصَّة المنكِرِ.

وإنْ قلنا بالسِّرَاية، فولاءُ النصفِ الذي سرىٰ العتقُ إليه للمعتق، وفي ولاءِ النصفِ الآخَر الوجهان.

ولو أبرأه المصدِّقُ عن نصيبه من النُّجوم، فالمذهبُ أنه لا سِرَايةَ؛ لأن منكِرَ الكتابة لا يعترفُ بعتقِ نصيبه، ويعتقدُ الإبراءَ لغواً.

قال الإمامُ: ويجيءُ الخلاف في السِّرايةِ، لأنَّ قولَ المصدِّق مقبولٌ في نصيبه، فإذا أتىٰ بما يقتضي العتق، فالسرايَةُ بعده قهريَّةٌ، وإِنْ أدَّىٰ نصيبَ المصدّقِ من النُّجوم، فلا سرايَةَ. وهل يكونُ ولاءُ ما عتقَ لهما، أم يختصُّ به المصدِّقُ؟ فيه الوجهانِ. ولو عَجَّزه المصدِّقُ، عاد قِنّاً، ويكون الكسب الذي في يده للمصدّق؛ لأن المكذِّب [١٣٤٧ / ب] أخذَ حِصَّته.

ولو اختلفا في شيء من أكسابِهِ، فقال المصدِّقُ: اكتَسَبْتَهُ[١] بعد الكتابة، وقد أخذتَ نصيبكَ، فهو لي، وقال المكذِّبُ: بل قبلها، وكان للأبِ، فورثناهُ[٢]، صُدِّقَ المصدِّقُ؛ لأن الأصلَ عدمُ الكسبِ قبلَ الكتابة.

المسألةُ الخامسةُ: إذا قبضَ النجومَ، فوجدها ناقصةً، نُقَدِّمُ علىٰ هـٰذا: أن عِوَض الكتابة لا يكون إلَّا دَيناً كما سَبق، ويجوزُ كونُهُ نقداً وعرضاً[٣] موصوفاً، وأنَّ مَنْ له دَين، فقبضَه، فوجدَه دون المشروط، فله ردُّهُ، وطلَبُ ما استحقَّه، ولا يبطُلُ العقدُ، فإن كان المقبوضُ من غير جنس حَقِّه، لم يملكه إلَّا أَنْ يعتاضَهُ، حيثُ يجوزُ الاعتياضُ. وإن اطلعَ علىٰ عيب به، نُظِرَ: هل يرضىٰ به؟ فإن رضيَ، فهل نقولُ: ملَكَه بالرضا، أم نقولُ: ملَكَهُ بالقبض، وتأكَّدَ الملكُ بالرضا؟ فيه قولانِ.

وإنْ ردَّهُ، فهل نقولُ: مَلَكَه بالقبضِ، ثم انتقضَ الملك بالردِّ، أم نقول: إذا ردَّ، تبيَّنَ أنه لا يملكُهُ؟ فيه قولانِ، ويبنىٰ علىٰ هـٰذا الخلافِ مسائلُ سبقت كلُّها، أو بعضُها.

منها: تصارفا في الذمَّة، وتقابَضا، وتفرَّقا، فوجدَ أحدُهما بما قبَضَه عيباً، فردَّه، إنْ قلنا: ملكَ بالقبض، صَحَّ العقدُ.

وإنْ قلنا: تبيَّن أنه لم يملكْ، فالعقدُ فاسدٌ؛ لأنهما تفرَّقا قبلَ قبض.

---

(١) في المطبوع: « كسبته ».
(٢) في المطبوع: « فورثنا ».
(٣) في (فتح العزيز: ١٣ / ٤٩٦): « عوضاً ».

ومنها: أسلمَ في جارية، وقبضَ جاريةً، فوجدَها معيبةً، فردَّها، هل على المسلمِ إليه استبراؤُها؟ يبنىٰ علىٰ هٰذا الخلاف.

ومنها: قال الإمامُ[1]: الموصوفُ في الذمة إذا قبضَه، فوجدَه مَعيباً، إنْ قلنا: يملكُهُ بالرضا، فلا شكَّ أن الردَّ ليس علىٰ الفورِ، والملكُ موقوفٌ علىٰ الرِّضا.

وإن قلنا: يملكُ بالقبضِ، فيحتملُ أَنْ يقال: الردُّ علىٰ الفور، كما في شراءِ الأعيانِ.

والأوجَهُ: المنعُ؛ لأنه ليس معقوداً[2] عليه، وإنما يثبتُ الفور فيما يؤدّي ردُّه إلىٰ رفع العقدِ؛ إبقاءً للعقد[3].

إذا ثبتَ هٰذا، فإذا[4] وجدَ السيدُ بالنجومِ المقبوضةِ أو بعضِها عيباً، له الخيارُ، بين أَنْ يَرضىٰ به، أو يردَّهُ، ويطالبَ ببدَله، سواء العيبُ اليسيرُ، والفاحشُ.

فإنْ كان العيبُ في النجم الأخيرِ، فإنْ رضيَ به، فالعتقُ نافِذ قطعاً، ويكونُ رضاهُ بالعيبِ كالإبراءِ عن بعضِ الحقِّ. وهل يحصلُ العتقُ من وقتِ القبضِ، أم عند الرِّضا؟ وجهان.

أصحُّهما: الأولُ.

وإنْ أرادَ الردَّ والاستبدالَ، فردَّ، فإنْ قلنا: نتبيَّنُ بالردِّ أَنَّ الملكَ لم يحصلْ بالقبضِ، فلا عِتقَ، وإنْ أدىٰ بعدَ ذٰلك علىٰ الصفةِ المستحقّة، حصلَ العتقُ حينئذ.

وإن قلنا: يحصُلُ الملكُ في المقبوض وبالردِّ يرتفعُ، فوجهان.

أحدهما: أَنَّ العتقَ كان حاصلاً، إلَّا أنه كان بصفةِ الجواز، فإذا ردّ العِوَض، ارتدَّ.

وأصحُّهما: نتبيَّنُ أن العتقَ لم يحصلْ؛ إذ لو حَصَلَ، لم يرتفِعْ، ولا يثبتُ العتقُ هنا بصفة اللزوم باتفاقِ الأصحاب.

---

(١) انظر: (نهاية المطلب: ١٩ / ٣٩٤ ـ ٣٩٥).
(٢) في المطبوع: «بمعقودٍ»، المثبت موافق لما في (نهاية المطلب: ١٩ / ٣٩٥).
(٣) في (أ): «للعبد».
(٤) في المطبوع: «فإن».

ولو تلفَ عند السيدِ ما قبضَهُ، ثم عرف أنه كان مَعِيباً، فقد قدَّمَ الإمامُ[1] عليه، أنه لو اتفقَ ذٰلك في عَيْنٍ، فإنْ رضيَ، فالذي يدلُّ عليه فَحْوىٰ كلام [١٣٤٨ / أ] الأصحاب، أن الرِّضَا كافٍ، ولا حاجةَ إلىٰ إنشاءِ إبراءٍ؛ لأنَّ الأَرْشَ كالعِوَض في الردِّ، والردُّ يكفي في سقوطِ الرِّضا، فكذا الأَرْش. فإنْ[2] طلبه، تقرّر، ولم يسقُطْ إلَّا بالإسقاطِ.

وأمَّا النجومُ، فإنْ رضي، فالعِتق[3] نافذٌ، ويعودُ الوجهانِ في أنه يحصُلُ عند الرضا، أم يستندُ إلىٰ القبض ؟ وإنْ طلبَ الأَرْش، تبيَّنَ أَنَّ العتقَ لم يحصُلْ، فإذا أدّىٰ الأَرْش، حصلَ حينئذ، وإن عَجَزَ، فللسيدِ إرقاقُهُ، كما لو عَجَزَ ببعض النجوم. ويجيءُ الوجهُ الآخَر، وهو أنه يرتفعُ العقدُ بعد حصوله.

وفي قَدْر الأَرْش وجهانِ.

أحدهما: ما نقصَ من قيمةِ[4] رقبةِ العبدِ بحسَب نُقصان العَيب من قيمة النجوم، وبهٰذا قطع السَّرْخَسِيُّ.

والثاني: ما نقصَ مِنَ النجوم المقبوضة بسبَب العَيب.

ونقل الرُّويانيُّ ترجيحَ هٰذا الوجه، وأجريَ الوجهانِ في كل عقد وردَ علىٰ موصوفٍ في الذمة.

قال الإمامُ[5]: وأمثلُ منهما أن يقال: يغرمُ السيدُ ما قبضَ، ويطالبه بالمسمَّىٰ بصفاتِهِ المشروطة.

أمَّا إذا قبضَ النجوم، فوجدَها ناقصةَ الكيلِ، أو الوزنِ، فلا يَعْتِقُ بلا خلاف، سواء بقي المقبوضُ في يد السيدِ، أم تلفَ؛ فإنْ رضيَ بالناقصِ، فحينئذ يَعْتِقُ بالإبراءِ عن الباقي.

---

(١) انظر : (نهاية المطلب : ١٩ / ٣٩٦).
(٢) في المطبوع : « وإنْ ».
(٣) في المطبوع : « فالحق » بدل : « فالعتق »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز : ١٣ / ٤٩٧).
(٤) في (ظ)، والمطبوع زيادة : « قدر »، ليست في (فتح العزيز : ١٣ / ٤٩٨).
(٥) انظر : (نهاية المطلب : ١٩ / ٣٩٧).

السادسةُ: إذا خرجَ بعضُ النجومِ مستحقّاً، تبيَّنَ أَنْ لا عِتْقَ؛ لأن الأداء لم يصِحَّ، وإِنْ ظهرَ الاستحقاقُ بعد موت المكاتب، تبيّنَ أنه مات رقيقاً، وأَنَّ ما تركه للسيدِ دون الورثة.

ولو قال السيدُ عند الأخذ: اذهَبْ، فأنتَ حُرٌّ، أو قد عَتَقْتَ، ثم بانَ الاستحقاق، فهل يحكمُ بالحرِّية؛ مؤاخذةً له، أم لا؛ لأنه بناه على ظاهر الحال، وهو صحّةُ الأداء؟ وجهان.

أصحُّهما: الثاني، وهو المنصوص، وهما كالوجهين فيما إذا خرجَ المبيعُ مستحقّاً وكان قد قال في مخاصمة المدّعي: إنه كان مِلكاً للبائع فلان إلىٰ أَن اشتريتُهُ منه، أنه هل يرجعُ بالثمن علىٰ بائعه؟ وجزمَ البغويُّ بالأصحِّ في المسألتين، ثم قال: ولو اختلفا، فقال المكاتَبُ: أعتقتَني بقولك: أنتَ حُرٌّ، وقال السيدُ: أردْتُ أنكَ حُرٌّ بما أديتَ، وبانَ أنه لم يصحَّ الأداء، فالقولُ قولُ السيدِ بيمينه[1].

وهـٰذا السياقُ يقتضي أَنَّ مُطلقَ قولِ السيدِ، محمولٌ علىٰ أنه حُرٌّ بما أَدَّىٰ، وإِنْ لم يذكر إرادته.

قال الصَّيدلانيُّ: وقياسُ تصديقِ السيدِ أنه لو قيل لرجلٍ: طلَّقْتَ امرأتكَ؟ فقال: نَعَمْ، طلقتُها، ثم قال: إنما قلتُ ذٰلك علىٰ ظنٍّ أَنَّ اللَّفظَ الذي جرىٰ طلاقٌ، وقد سألتُ المفتين، فقالوا: لا يَقَعُ به شيء. وقالت المرأة: بل أردْتَ إنشاءَ الطلاق، أو الإقرارَ به، أنه يقبلُ قولُهُ بيمينه. وكذا الحكمُ في مِثْله في العتقِ، وهـٰكذا قد ذكره غيره، ونقلَه الرُّوْيَانِيُّ، ولم يعترضْ عليه، لـٰكن قال الإمامُ[2]: هـٰذا عندي غَلَطٌ؛ لأن الإقرارَ جرىٰ بصريح الطلاق، فقَبولُ قوله في دَفعه مُحال، ولو فتحَ هـٰذا الباب، لما استقرَّ إقرار، بخلاف إطلاق لفظ الحرِّية عَقيب قبضِ النجوم، فإنه محمولٌ علىٰ الإخبار عَمَّا يقتضيه القبضُ، ولم توجدِ[١٣٤٨ / ب] الإشارةُ في الطلاق إلىٰ واقعة، وإنما وجدَ سؤال مُطلق، وجوابٌ مُطلق.

وفي كلام الإمام إشعارٌ بأنَّ قولَه: «أنتَ حُرٌّ»، إنما يقبلُ تنزيله علىٰ الحرية بموجب القبض إذا رتَّبه علىٰ القبض، وأَنَّ في مسألة الطلاق لو وجدَ قرينة عند

(١) انظر: (التهذيب: ٨ / ٤٣٠).
(٢) انظر: (نهاية المطلب: ١٩ / ٤٠١).

الإقرار؛ بأَنْ كانا يتخاصمان في لفظةٍ أطلقها، فقال ذٰلك، ثم ذكرَ التأويلَ، يُقبَلُ، وأَنَّ في الصورتين لو انفصل قولُه عن القرائن، لم يقبلِ التأويل. وهٰذا تفصيلٌ قويمٌ لا بأسَ بالأخذ بهِ، لٰكن قال في « الوسيط »: لا فرقَ بين أن يكونَ قولُه: « أنتَ حُرٌّ »، جواباً عن سؤالِ حُرِّيته، أو[1] ابتداء، وبينَ أَنْ يكونَ مُتصلاً بقبض النجوم، أو غيرَ متصل؛ لشُمول العُذْر. ومالَ لذٰلك إلىٰ قَبول التأويل في الطلاقِ وغيره.

الحكمُ الثاني: في الأدَاء، وفيما يتعلَّق به مسائِلُ:

إحداها: يجبُ علىٰ السيدِ إيتاءُ المكاتَب؛ لقولِ الله تعالىٰ: ﴿وَءَاتُوهُم مِّن مَّالِ ٱللَّهِ ٱلَّذِىٓ ءَاتَىٰكُمۡۚ﴾ [النور: ٣٣] واختار الرُّوْيَانِيُّ في « الحِلْيَةِ »[2] أَنَّ الإيتاءَ مستحبٌّ، وليس بشيءٍ.

والإيتاءُ: أن يَحُطَّ عن المكاتَب شيئاً من النُّجوم، أو يبذلَ شيئاً، ويأخذَ النجومَ، والحَطُّ أفضلُ، وهل هو الأصلُ، والبَذْلُ بدَلٌ عنه، أَمْ بالعكس ؟ وجهانِ. الأَصَحُّ المنصوصُ: الأولُ.

ومَحَلُّ الإيتاءِ الكتابَةُ الصحيحةُ، ولا يجبُ في الفاسِدة علىٰ الأصحِّ، فإِنْ أوجَبْنا، كفىٰ حَطّ شيء من القيمة التي يجبُ فيها.

ومَنْ أعتقَ عبدَه بعِوَض، أو باعَهُ نفسه[3]، فلا إِيتاءَ علىٰ الصحيح.

وحكىٰ الشيخ أبو محمد وجهاً: أنه يجبُ في كُلِّ عقدِ عَتاقةٍ علىٰ عِوَض، ولا يجبُ في الإعتاقِ بغيرِ عِوَض بلا خلاف.

وفي وقتِ وجوبِ الإيتاءِ وجهانِ.

أحدهما: بعد العتقِ، كالمُتعة؛ ليتبلَّغَ به.

وأصحُّهما: قبلَه؛ ليستعينَ به في الأداء.

---

(١) في المطبوع: « أم ».

(٢) هو: حِلْية المؤمن. قال ابن الصلاح: « أمعنَ فيه في الاختيار، حتَّىٰ اختار كثيراً من مذاهب العلماء غير الشافعي، ضد ما فعله في « البحر »»، وزاد ابن قاضي شُهْبة قائلاً: مجلَّد متوسط فيه اختيارات كثيرة، وكثير منها يوافق مذهب مالك. انظر: (تهذيب الأسماء واللغات: ٢ / ٦٠٣ ـ ٦٠٤)، و(الخزائن السنية: ٤٦).

(٣) في (فتح العزيز: ١٣ / ٥٠١)، و(نهاية المطلب: ١٩ / ٣٨٤): « باعه من نفسه ».

وعلىٰ هـٰذا: فإنما يتعيَّن في النجم الأخير.

وأمَّا وقتُ الجَوَازِ، فمِنْ أولِ عقدِ الكتابة، ويجوزُ أيضاً بعد الأداءِ وحُصولِ العتق، لـٰكن يكون قضاءً إذا أوجَبْنا التقديمَ علىٰ العتقِ.

وقيل: لا يجوزُ الإيتاءُ إلَّا في النجم الأخير، أو بعدَه، وفي قَدْرِه وجهان.

الأصحُّ المنصوصُ في «الأم»: لا يتقدَّرُ؛ بل يكفي أَقلُّ ما يتموَّلُ.

والثاني: أنه ما يليقُ بالحال، ويستعينُ به علىٰ العتق، فيختلفُ بقلَّةِ المال، وكثرتِهِ، فإنْ لم يتفقا علىٰ شيء، قَدَّرَهُ الحاكمُ بالاجتهاد، ونُظِرَ فيه إلىٰ قوةِ العبدِ وأكسابِهِ.

وقيل: يعتبرُ حال السيد في اليسار والإعسار.

وقال الإصْطَخْرِيُّ: يحتملُ أَنْ يقدّرَ بربُعِ العُشر، قال الإمام[(١)]: وإذا[(٢)] قلنا: يُقَدِّره الحاكِمُ، فقدَّرَ شيئاً، تبيَّنَ أن له وقعاً بالنسبة إلىٰ مالِ الكِتابة، كَفَىٰ، وإنْ تيقَّنَّا أنه لا وَقْعَ له، لا يكفي، وإنْ شَكَكْنا، فخلافٌ؛ لتعارُضِ أصلِ براءة السيدِ وأصلِ بقاءِ وجوبِ الإيتاءِ.

أمَّا المستحبُّ، فَقَدْر الرُّبُعِ، وقيل: الثلُث، وإلَّا، فالسُّبُع.

وأمَّا جنسُهُ، فالإيتاءُ بالحَطِّ لا يكون إلَّا من نفس مالِ الكتابة.

وأمَّا البَذْلُ[(٣)]، فإنْ كان المبذولُ مِنْ غير جنسِ مالِ الكتابة، كبَذْل الدراهمِ عن الدنانير، لم يلزم المكاتَب قَبوله علىٰ الصحيح، وبه قطع الأكثرونَ، وشذَّ الغزاليُّ بترجيح اللزوم. فلو رضيَ به، جاز قطعاً [١٣٤٩ / أ]، نصَّ عليه؛ لأن الكتابة من قَبِيل المُعاوَضات، فلا يسلكُ بها مسلك العباداتِ، علىٰ أن الإمامَ[(٤)] قال: إذا منعنا نقلَ الزكاة، وانحصرَ المستحقُّون، فقد نقول: لهم أنْ يعتاضوا عُرُوضاً عن حقوقهم، فلو كان المبذولُ من غيرِ مالِ الكتابةِ، لكنْ من جنسِهِ، فهل يلزمُهُ القَبولُ ؟ وجهانِ.

---

(١) انظر: (نهاية المطلب: ١٩ / ٣٨٦).
(٢) في المطبوع: «إذا».
(٣) في المطبوع: «البدل» تصحيف.
(٤) انظر: (نهاية المطلب: ١٩ / ٣٨٧).

أحدُهما: لا ؛ لظاهِرِ الآية .

والصحيح: نَعَمْ ، كالزكاة ، ولأن المقصودَ الإعانةُ .

فَرْعٌ: لو مات السيدُ بعد أَخْذِ النجوم ، وقبلَ الإيتاء ، لزمَ الورثةَ الإيتاءُ ؛ فإنْ كانوا صغاراً ، تولّاه وليُّهم ، فإنْ كان مالُ الكتابة باقياً ، أخذَ الواجب منه ، ولا يزاحِمُهُ أصحابُ الديون ؛ لأن حقَّه في عينه ، أو هو كالمرهون به ، هٰكذا قاله القَفَّالُ ، ونقله ابْنُ كَجٍّ عن نَصِّه في « المبسوط » .

وإنْ لم يكُنْ باقياً فثلاثَةُ أوجُهٍ .

أحدها: أن واجب[1] الإيتاءِ ؛ لضعفِهِ ، يؤخَّرُ عن الدُّيون ، ويُجْعَلُ[2] في رتبةِ الوصيَّة .

والثاني: أنَّا إذا قلنا : يُقَدَّرُ[3] الواجبُ في الاجتهاد ، فأقلُّ ما يتموَّلُ في رُتبة الدُّيون ، والزيادة في رُتبةِ الوَصيَّة ؛ لضعفِها .

والثالث، وهو الصحيح : أَنَّ ما يحكمُ بوجوبه علىٰ الاختلاف ، يقدّمُ علىٰ الوَصَايا ، فإن أوصىٰ بزيادةٍ علىٰ الواجب ، فتلكَ الزيادةُ مِنَ الوَصَايا .

فرعٌ[4]: إذا لم يَبْقَ من النجوم إلاَّ القَدْرُ الواجِب في الإيتاء ، لم يسقُطْ ولم يحصلِ التقاصّ ؛ لأنَّ للسيدِ أَنْ يؤتيَه مِنْ غيره ، وليس للسيدِ تعجيزُهُ ؛ لأنه له عليه مثلُهُ ، لٰكن يرفعُهُ[5] المكاتَبُ إلىٰ الحاكم[6] حتَّىٰ يرىٰ رَأيه[7] ، ويَفْصِلَ الأمرَ بينهما .

---

(١) في (ظ) : « واجبة » ، المثبت موافق لما في (فتح العزيز : ١٣ / ٥٠٤) .
(٢) في المطبوع : « ويحصل » ، تحريف .
(٣) في المطبوع : « بقدر » .
(٤) كلمة : « فرع » ساقطة من المطبوع .
(٥) في (ظ) ، والمطبوع : « يرفع » ، المثبت موافق لما في (فتح العزيز : ١٣ / ٥٠٥) .
(٦) في المطبوع : « القاضي » ، وفي (س) : « المكاتب » ، المثبت موافق لما في (فتح العزيز : ١٣ / ٥٠٥) .
(٧) في (ظ) ، والمطبوع : « برأيه » ، المثبت موافق لما في (فتح العزيز : ١٣ / ٥٠٥) .

وإنْ جعلْنا الإيتاءَ[١] أَصْلاً، فقال القاضي حُسَين: له تعجيزُهُ بالباقي إذا لم يجدْه[٢]، وإذا عَجَّزَهُ، سَقَطَ الإيتاءُ، وارتفعَ العقدُ من أصلِهِ.

قال الإمام[٣]: هـٰذا عندي غيرُ صحيح، وإنما شُرِعَ الإيتاءُ؛ لئَلَّا يَعْجِزَ العبدُ بقَدْرِهِ، ولا يفوت العِتق.

المسألةُ الثانيةُ: إذا عَجَّلَ المكاتَبُ النجومَ قبلَ المَحِلِّ، فإنْ لم يكُن علىٰ السيدِ ضرَرٌ في القَبول، أُجبرَ عليه، وإنْ كان؛ بأَنْ كان لا يبقىٰ بحالِهِ إلىٰ وقتِ الحُلول، كالطعامِ الرَّطْبِ، أو لزمَهُ لهُ مؤنةٌ، كالحيوانِ، وما يحتاجُ إلىٰ حفظٍ، أو كان في أيامِ فتنةٍ، أو غارةٍ، فلا يُجبرُ علىٰ القَبول.

فلو أنشأ العقد في وقتِ الفتنةِ والغارة، لم يجبَرْ علىٰ الأصحِّ؛ لأنها قد تزولُ عند المَحِلِّ.

ولو أتىٰ بالنجوم في غير بلدِ العقدِ، فإنْ كان في النقل مُؤنَةٌ، أو كان الطريقُ أو ذٰلك البلدُ مَخُوفاً، لم يُجبَرْ علىٰ القَبول، وإلَّا، فيجبَرُ.

ولو أتىٰ بالنجم في مَحِلِّهِ، والسيدُ غائب، قبضَ القاضي عنه، وكذا يقبضُ عنه إذا امتنع وهو حاضر، ويَعْتِقُ المكاتَبُ. ولو أتىٰ بالنجم قَبْلَ المَحِلِّ[٤]، والسيدُ غائب، قَبَضَ عنه أيضاً، إذا علمَ أَنَّ السيدَ لا ضَرَرَ عليه في أَخْذِهِ.

قال الصيدلانيُّ: ومثلُهُ لو كان لغائبٍ[٥] دَينٌ علىٰ حُرٍّ[٦]، فأتىٰ به[٧] الحاكم، هل يَقْبِضُه للغائِب؟ وجهانِ.

أصحُّهما: المنعُ؛ لأنه ليس للمؤدِّي غَرَضٌ إلَّا سقوط الدَّين عنه، والنظرُ

---

(١) في (أ، ظ، س): «البَذْل»، المثبت من المطبوع، وهو موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٥٠٥)، و(نهاية المطلب: ١٩ / ٣٨٧).
(٢) في المطبوع: «نجده»، تصحيف.
(٣) انظر: (نهاية المطلب: ١٩ / ٣٨٧).
(٤) في المطبوع: «الحول»، تحريف. (المَحِلّ) بالكسرِ: الأَجَلُ (المصباح: ح ل ل).
(٥) في المطبوع: «للغائب».
(٦) في (فتح العزيز: ١٣ / ٥٠٦): «لآخر» بدل: «علىٰ حُرّ».
(٧) في المطبوع: «فأذن له»، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٥٠٦).

للغائِبِ أَنْ يبقىٰ المالُ في ذِمة المَلِيء؛ فإنه خيرٌ من أَنْ يصيرَ أمانةً عند الحاكِمِ.

فَرْعٌ: إذا أتىٰ المكاتَب بالنجوم، فقال السيدُ: هـٰذا حرامٌ، أو مَغْصوبٌ، نُظِرَ: إِنْ أقام [١٣٤٩ / ب] بيِّنَةً بذٰلك، لم يُجبَرْ علىٰ قبوله، وتُسمعُ منه هـٰذه البيِّنةُ؛ لأن في إقامتها غَرَضاً ظاهراً، وهو الامتناعُ عن الحرام، هـٰكذا أطلقه كثيرونَ.

وقال الصَّيدلاني: إنما تقبلُ البيِّنَةُ إذا عيّنَ له مالكاً، أَمَّا إذا لم يعيّنْ، فلا تتصوَّر البيِّنة للمجهول، ولا معنىٰ لقولهم: إنه مغصوبٌ. والصحيحُ: الأولُ.

وإن لم يكن بَـيِّنَةٌ، فالقولُ قولُ المكاتَب بيمينه أنه له؛ لظاهِرِ اليد، فإِنْ نَـكَلَ، حلفَ السيّد، وكان كإقامة البَـيِّنة.

وفي[1] وجه: لا يحتاجُ السيدُ إلىٰ بَـيِّنة، والصحيحُ: الأولُ.

ولا تثبتُ بَـيّنةُ السيدِ[2] حَقَّ المالِكِ الذي عَيّنه، ولا يسقطُ بحَلِفِ المكاتَبِ حقّه.

ثم إذا حلفَ المكاتَب، فالمذهبُ أنه يُجبَرُ السيدُ علىٰ قَبوله، أو إبرائه عن ذٰلك القَدْر، فإِنِ امتنعَ منهما، أخذَ الحاكمُ تلك النجومَ، وعَتَقَ المكاتَبُ.

وقيل: في إجباره علىٰ الأخذِ قولان.

ثم إذا أخذَه السيدُ، نُظِرَ:

إِنْ عيَّنَ له مالكاً، أُمِرَ بتسليمه إليه بلا خلاف؛ مؤاخذةً [له] باعترافه، وإن لم يقبلْ قوله علىٰ المكاتب. وإن لم يُعَيِّنْ مالكاً[3]؛ بل اقتصرَ علىٰ قوله: هو مغصوبٌ، أو مسروقٌ، أو حرامٌ، فوجهانِ.

أحدهما: ينتزعُهُ الحاكمُ ويحفظُهُ ببيت المال إلىٰ أَنْ يظهرَ مالكُهُ.

وأصحُّهما: لا ينتزعُهُ؛ لأنه لم يقرَّ لمعيَّن.

ونقل الرُّوْيَانِيُّ وغيرُهُ علىٰ هـٰذا، أَنْ يقال: أَمْسِكْهُ حتَّىٰ يتبيَّنَ صاحبُهُ، ويمنع

---

(١) في المطبوع: « في ».
(٢) في المطبوع زيادة: « في ».
(٣) في المطبوع: « مالك ».

من التصرُّف فيه، فإنْ كذَّبَ نفسَه، فقال: هو للمكاتَبِ، كان كما ادَّعاه.

قال الإمام[١]: فالصحيحُ أنه يُقبلُ، وينفذُ تصرُّفه فيه بحسَبه.

قال: وإنْ قلنا: يُزيلُ الحاكمُ يدَه، فالظاهر أنه لو كذّبَ نفسه، لا يقبلُ.

فَرْعٌ: إذا جاء المكاتَبُ بالنجم عند المَحِلِّ، وشرطَ علىٰ السيد[٢] أَنْ يُبرِئَهُ، فالشرْطُ لغوٌ، وللسيدِ أَخْذُهُ، ولا[٣] يلزمُهُ أَنْ يُبرئَه عن الباقي.

وإنْ عجّلَ قبلَ المَحِلِّ علىٰ أَنْ يُبرئَه عن الباقي، فأخذَه وأبرأَه، لم يصحَّ القبضُ، ولا الإبراءُ.

ولو قال: أبرأْتُكَ عن كذا، بشرطِ أَنْ تعجّلَ لي الباقي، وإذا عَجَّلْتَ[٤] كذا، فقد أبرأْتُكَ عن الباقي، فعجَّلَ، لم يَصِحَّ القبضُ، ولا الإبراءُ، وإذا لم يَصِحَّ، لا يَحْصُلُ العتقُ، وعلىٰ السيدِ رَدُّ المأخوذِ. هٰذا هو المذهب، وأشار المزنيُّ إلىٰ ترديدِ قولٍ في صحةِ القبضِ والإبراءِ، ولم يسلمْ له جمهورُ الأصحاب اختلافَ القول، وحملوا التجويزَ علىٰ ما إذا لم يَجْرِ شَرْطٌ، فابتدأ بذٰلك[٥].

ولو أنشأَ رِضاً جديداً بقبضِهِ عَمَّا عليه، حُكِمَ بصحَّته، كما لو أذنَ للمشتري في قبضِ ما في يده عن جهةِ الشراءِ، أو للمُرتهن في قبضه عن جهة الرهْنِ.

ولو أخذَ السيدُ ما عَجَّله المكاتَب، وأبرأه عن الباقي بلا شرطٍ، أو عَجَّزَ المكاتَب نفسَه، فأخذَ السيدُ ما معه، وأبرأه عن الباقي، أو أعتَقَهُ، جازَ.

ولو أرادَ السيدُ والمكاتَبُ حيلة يَعْتِقُ بها بما عجّلَ، ويكونُ بجهةِ الكتابةِ، فقال الأصحابُ: طريقُهُ أَنْ يقولَ: إذا عجَّزتَ نفسَكَ، وأدَّيت كذا، فأنتَ حُرٌّ، فإذا وُجِدتِ الصِّفتانِ[٦] عَتَقَ عن جهة الكتابة؛ لأنها لا ترتفع بمجرَّد تعجيزِهِ[٧] نفسَه،

---

(١) انظر: (نهاية المطلب: ١٩ / ٣٨٠).
(٢) في المطبوع: « وعلىٰ شرط السيد » بدل: « وشرطَ علىٰ السيد ».
(٣) في المطبوع: « فلا ».
(٤) في (ظ)، والمطبوع زيادة: « عليَّ »، لم ترد في (فتح العزيز: ١٣ / ٥٠٨).
(٥) في (أ): « به » بدل: « بذٰلك ».
(٦) في المطبوع: « الصفات ».
(٧) في المطبوع: « تعجيز ».

وإنما ترتفعُ إذا فسخَها بعد التعجيزِ، وإذا عَتَقَ عن الكتابةِ، كانتِ الأكْسابُ له، فيتراجعان، فيرجعُ المكاتَبُ علىٰ السيد بما أخذَه، والسيدُ عليه بقيمته؛ لأنه أعتقَهُ علىٰ عِوَضين: التعجيز، والمال المذكورُ، والتَّعْجيزُ [١٣٥٠ / أ] لا يصلُحُ عِوَضاً، فكأنه أعتقَه بعوَضٍ فاسدٍ.

قال صاحب « الشامل »[1]: ولو لم يعلّقْ هـٰكذا، ولـٰكن قال: إنْ أعطَيتَني كذا، فأنتَ حُرٌّ، فأعطاه، عَتَقَ، ولـٰكنه عوَضٌ فاسد؛ لأن المكاتَب لا تصحُّ المعاوَضة عليه، فَيَعْتِقُ بالصفَة، وعليه تمامُ قيمتِهِ.

ولو عَجَّلَ المكاتَبُ النجمَ، علىٰ أَنْ يعتِقَهُ، ويُبرئَه عن الباقي، ففعلَ السيدُ ذٰلك، عَتَقَ المكاتَبُ، ورجعَ عليه بقيمته، ويرجعُ المكاتَبُ علىٰ السيد بما دفعَ؛ لأنه أعتقَه بعِوَضٍ فاسد، حكاه القاضي[2] عن النصِّ.

المسألةُ الثالثةُ: في تعذُّر تحصيلِ النجومِ عند حُلُولها، وله أَسبابٌ:

الأول: الإفلاسُ، فإذا حَلَّ نَجْمٌ علىٰ المكاتَب، وهو عاجِزٌ عن أدائِهِ، أو عن بعضِهِ، فللسيدِ فَسْخُ الكتابة، وله أَنْ يفسَخَ بنفسه؛ لأنه فَسْخٌ مُجمَعٌ عليه، كفسخِ النكاحِ بالعتقِ، وإنْ شاء رفعَ إلىٰ الحاكم ليفسخَ.

وفي « تعليقِ الشَّيخِ أبي حامد »: أنه[3] إذا ثَبَتَ عجزُهُ بإقراره، أو بالبيِّنة، فللسيدِ فسخُ الكتابة.

وينبغي أَنْ لا يشترطَ إقراره بالعَجْزِ، ولا قِيام البَيّنة عليه؛ لأنَّا سنذكرُ إنْ شاءَ الله تعالىٰ: أنه لو امتنعَ مِنَ الأداءِ ثَبَتَ حَقُّ الفَسْخ. وإذا لم يُؤَدِّ، فهو ممتنعٌ؛ إذا لم يكن عاجزاً. وإذا رفعَ إلىٰ القاضي، فلا بُدَّ من ثُبوت الكتابة، وحُلولِ النجم عندَه.

ومتىٰ فسخَتْ، سلّمَ للسيدِ ما أخذَه؛ لأنه كَسْبُ عبدِه، لـٰكن ما أخذَه من الزكاة يستردُّهُ مُؤَدِّيه[4]. وهـٰذا قد سبق في « الزكاة »، وليس هـٰذا الفسخُ علىٰ الفَور؛ بل لهُ تأخيرُه ما شاءَ، كفسْخِ الإعسارِ.

---

(١) صاحبُ الشامل: هو ابن الصبَّاغ، عبد السيِّد بن محمد. سلفت ترجمته.

(٢) القاضي: هو القاضي حُسَين بن محمد المَرُّوذيُّ. قال المصنف رَحِمَهُ ٱللَّهُ في (تهذيب الأسماء واللغات: ١ / ٤٠٤): « ويأتي كثيراً معرَّفاً بالقاضي حُسَين، وكثيراً مطلقاً: القاضي، فقط ».

(٣) في المطبوع: « لأنه ».

(٤) في (ظ): « يسترده ويؤديه »، وفي المطبوع: « يسترد ويؤديه »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٥١٠).

وإذا استنظرَهُ المكاتَب، استحبَّ أَنْ ينظرَهُ. ثم لا يلزمُهُ الإمهالُ؛ بل له الرجوعُ إلىٰ الفسخ مَتَىٰ بَدَا له.

وإذا طالَبَهُ بالمال، فلا بُدَّ من الإمهالِ بقَدْرِ ما يُخرجُهُ من الصندوقِ، والدُّكَّانِ والمخزَنِ، ويَزِنُ؛ فإنْ كان مالُهُ غائباً، فقد أطلقَ الإمامُ[1]، والغزاليُّ أن للسيدِ الفسخُ، وليحملْ علىٰ تفصيلٍ ذكرَهُ ابْنُ الصبَّاغ، والبغوي[2]، وغيرُهما، وهو: أنه إنْ كان علىٰ مسافة القصْرِ، لم يلزمْهُ التأخيرُ إلىٰ [حضوره، فله الفسخُ، وإلاَّ، فلا.

وإن كان له دَيْنٌ؛ فإنْ كان حالاًّ علىٰ مَليءٍ وجَبَ التأخيرُ إلىٰ][3] استيفائه، كما لو كانت له وديعةٌ.

وإنْ كان مؤجّلاً، أو علىٰ مُعسِر، فلا. وإنْ كان الدَّيْنُ علىٰ السيدِ، وهو من جنسِ النجوم، ففيه الخلافُ في التقاصِّ.

وإنْ كان مِنْ غيرِ جنسِهِ، أدَّاه ليصرفَهُ المكاتَبُ في النجوم.

ولو حَلَّ النجْمُ وهو نَقْدٌ، وللمكاتَب عُروض؛ فإنْ أمكنَ بيعُها علىٰ الفَور، بِيعت، ولا فَسْخَ، وإنِ احتاجَ البيعُ إلىٰ مدة؛ لِكسَادٍ وغيره، فَمُقتَضىٰ كلامِ الصَّيدلاني أَنْ لا فَسْخَ. ورأىٰ الإمامُ[4] الفَسْخَ، كغَيْبة المالِ، وهٰذا أَصَحُّ، وضبطَ البغويُّ[5] التأخيرَ للبيع بثلاثةِ أيامٍ. وقال: لا يلزمُ أكثر منها.

السببُ الثاني: غَيْبَةُ المكاتَب، فإذا حَلَّ النجمُ، والمكاتَبُ غائب، أو غابَ بعد حلُوله بغيرِ إذنِ السيدِ، فللسيدِ الفسخُ؛ إنْ شاءَ بنفسهِ، وإنْ شاء بالحاكم.

وقيل: لا يفسخُ بنفسِهِ، والصحيحُ: الأولُ، فلا يلزمُهُ تأخيرُ الفسخِ؛ لكونِ الطريقِ مَخُوفاً، أو المكاتَبِ مريضاً.

وإذا فسخَ بنفسِهِ، فليشهدْ عليه؛ لئلاَّ يكذِّبَهُ المكاتَب، وإنْ رفَعَ إلىٰ الحاكم،

---

(١) انظر: (نهاية المطلب: ١٩ / ٤٦٤).
(٢) انظر: (التهذيب: ٨ / ٤٨٢).
(٣) ما بين حاصرتين ساقط من (ظ)، والمطبوع. المثبت من (أ).
(٤) انظر: (نهاية المطلب: ١٩ / ٤٦٦).
(٥) انظر: (التهذيب: ٨ / ٤٨٢).

فلا بُدَّ أَنْ يثبتَ عنده حلول النجم وتعذّر التحصيل، ويحلفه الحاكم مع ذٰلك؛ لأنه قضاءٌ علىٰ الغائب.

قال الصَّيدلانِيُّ: يحلفُهُ أَنه ما قبضَ النجومَ منه، ولا مِنْ وكيلِهِ [١٣٥٠ / ب]، ولا أبرأَه، ولا أحالَ به، ولا يعلمُ له مالاً حاضِراً[(١)]. وذِكْرُ الحَوالة مبنيٌّ علىٰ جوازِ الحَوالة بالنُّجوم. ولو كان مال المكاتبِ الغائبِ[(٢)] حاضراً، لم يؤدِّ الحاكمُ النجومَ منه، ويمكّنُ السيد مِنَ الفَسْخِ؛ لأنه ربَّما عَجَّزَ نفسَه لو كان حاضراً، ولم يُؤَدِّ المالَ.

ولو أنظرَ[(٣)] المكاتَب بعد حُلولِ النجمِ، وأذنَ له في السفَرِ، ثم بدا له في الإنظار، لم يكُنْ له الفسخُ في الحال؛ لأن المكاتَب غيرُ مقصِّرٍ هنا، ولٰكن يرفعُ السيدُ الأمرَ إلىٰ الحاكم، ويقيمُ البيِّنَةَ علىٰ الحُلول والغَيْبَة، ويحلفُ مع ذٰلك، ويذكرُ أنه رَجَعَ عن الإنظارِ، فيكتبُ الحاكمُ إلىٰ حاكمِ بلدِ المكاتَب؛ ليعرِّفَهُ الحالَ، فإنْ أظهرَ العَجْزَ، كتبَ به إلىٰ حاكم بلدِ السيدِ؛ ليفسخَ، إنْ شاءَ.

وإنْ قال: أُؤَدِّي الواجب؛ فإنْ كان للسيد هناك وكيلٌ، سلَّمَ إليه، فإنْ أبىٰ، ثَبَتَ حَقُّ الفَسْخِ للسيدِ، وللوكيلِ أيضاً إنْ كان وكيلاً فيه.

وحكىٰ ابْنُ كَجٍّ قولاً آخَرَ: أنه لا فَسْخَ بالامتناع مِنَ[(٤)] التسليمِ إلىٰ الوكيل؛ لاحتمالِ العَزْل.

وإنْ لم يكن هناك وكيلٌ، أمره الحاكمُ بإيصالِهِ إليه، إمَّا بنفسِهِ، وإمَّا بغيره، ويلزمُهُ ذٰلك في أول رُفْقَةٍ تخرُجُ، أو في الحالِ، إنْ كان لا يحتاجُ إلىٰ رُفْقةٍ في ذٰلك الطريقِ، وعلىٰ السيدِ الصبرُ إلىٰ أن تمضيَ مدةُ إمكانِ الوصولِ، فإنْ مَضَتْ، ولم يوصله مقصِّراً، فللسيدِ الفسخُ.

قال ابْنُ كَجٍّ: ولو لم يكن في بلد السيدِ حاكم، فكتبَ السيدُ إلىٰ العبد، وأعلمه بالحالِ، وأمرَهُ بالتسليم إلىٰ رجل، فامتنعَ، فعندي أنه كما لو امتنع بعد كتاب القاضي إذا وقعَ له العلمُ به.

---

(١) في المطبوع: « مالٌ حاضرٌ ».

(٢) كلمة: « الغائبِ » ساقطة من المطبوع.

(٣) في (ظ)، والمطبوع: « نظر »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٥١٢).

(٤) في (أ)، والمطبوع: « عَنْ ».

وحكىٰ ابْنُ القَطَّان فيه وجهَين.

قال: وحكىٰ وجهَين فيما لو سلَّمَ المكاتَب إلىٰ وكيلِ السيدِ، وبانَ أنَّ السيدَ عَزَلَهُ، هل يبرأُ المكاتَب؟

قال: وعندي أنَّ الوجهَين مخصوصان بما إذا قال الحاكم: فلانٌ وكيلُهُ، ولم يأذَنْ بالتسليم إليه، فإنْ أمرَهُ بالتسليم إليه، برئَ بلا خلاف.

السببُ الثالثُ: الامتناعُ، فإذا امتنعَ المكاتَب مِنْ أَداءِ النُّجومِ مع القُدرة، لم يُجْبَرْ[1] عليه؛ لأنَّ الحَظَّ[2] له، فلا يجبرُ عليه، ولأن الكتابةَ جائزة من جهةِ المكاتَب، ولأنها تتضمَّن التعليقَ بالصفة، والعبدُ لا يُجبرُ علىٰ الصفة، فإذا عَجَّزَ نفسَه، فالسيدُ بالخيار، إنْ شاءَ، فَسَخَ، وإنْ شاءَ، صَبَرَ.

وإنْ أرادَ الفسْخَ، فَسَخَ بنفسِه، ولا يحتاجُ إلىٰ القاضي. وهل للمكاتب الفسخُ؟ وجهانِ.

أحدُهما: لا؛ إذْ لا ضرَرَ عليه في بقائها.

وأصحُّهما: نَعَمْ، كالمرتهن يفسخُ الرهنَ.

قال الإمام[3]: وتجويزُ الامتناعِ مِنَ الأداء مع أنه لا يملكُ الفسخَ بعيدٌ.

الرابعُ: قد سبقَ أَنَّ الكتابةَ لا تنفسخُ بجُنونِ العبدِ؛ فإنْ أرادَ السيدُ الفسخَ، اشترطَ أَنْ يأتيَ الحاكمَ، فيثبت عندَه الكتابةَ، وحلولَ النجم، ويطالبَ به، ويحلِّفه الحاكمُ علىٰ بقاءِ الاستحقاقِ، ثم يبحث؛ فإنْ وَجَدَ للمكاتَب مالاً، أَدَّاه عن الواجبِ عليه، لِيَعْتِقَ؛ لأن المجنون ليس من أهل النَّظرِ[4] لنفسه، فنابَ عنه الحاكِمُ، بخلافِ الغائبِ الذي له مالٌ حاضِر.

ثم إنَّ الجمهورَ أطلقوا أَنَّ الحاكِم يؤدِّي عنه.

وقال الغزاليُّ: يؤدِّي إنْ رأىٰ له مصلحةً في الحرِّية، وإنْ رأىٰ أنه يضيعُ إذا

---

(١) في (ظ)، والمطبوع: «لم يجب»، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٥١٣).
(٢) في المطبوع: «الحط».
(٣) انظر: (نهاية المطلب: ١٩ / ٤٦٤).
(٤) في المطبوع: «الضرر»، خطأ.

عَتَقَ، لم يُؤَدِّ، وهٰذا حَسَنٌ، ولٰكنه قليلُ النفعِ، معَ قولنا: إنَّ للسيدِ إذا وجدَ مالاً الاستقلالَ بأخْذِهِ، إلاَّ أَنْ يقالَ: يَمنعُهُ الحاكمُ من الأخذ [١٣٥١ / أ] والحالةُ هٰذه.

وإنْ لم يَجِدِ الحاكمُ له مالاً، مكّنَ السيد من الفسخ؛ فإذا فَسَخَ، عاد المكاتَبُ قِنّاً له، وعليه نفقتُهُ.

فإنْ أَفاقَ، وظهرَ له مالٌ كان حصَّله قبلَ الفسْخِ، دفعَهُ إلىٰ السيدِ، وحكمَ بعتقِهِ، ونقضَ[١] التعجيز. هٰكذا أطلقوه.

وأحسنَ الإمامُ[٢]، فقال: إنْ ظهرَ المالُ في يدِ السيدِ، ردَّ التعجيز، وإلاَّ، فهو ماضٍ؛ لأنه فسخَ حينَ تعذَّرَ الوصولُ إلىٰ حقه، فأشبهَ ما لو كان مالُهُ غائباً، فحضرَ بعد الفَسْخ.

وإذا حكَمْنا ببطلان التعجيز، وكان السيدُ جاهلاً بحالِ المالِ، فعلىٰ المكاتَبِ رَدُّ ما أنفق السيد [عليه]. وإنْ وجدَ السيدُ للمكاتَبِ في جُنونه مالاً، فقد سبقَ أَنَّ [له][٣] الاستقلالَ بأخْذِهِ، وحكَينا عن الإمام فيه تفصيلاً.

الخامسُ: إذا مات المكاتَب قبل تمام الأداء، انفسختِ الكتابة، ومات رقيقاً، فلا يورثُ، وتكونُ أكسابُهُ لسيده، وتجهيزُهُ عليه، سواء خَلَّفَ وفاءً بالنجوم، أم لا، وسواء كان الباقي قليلاً، أم كثيراً، وسواء كان حطَّ عنه شيئاً، أم لا؛ لأنَّ الإيتاء غيرُ معلوم، فلا يسقطُ به معلوم[٤].

ونصَّ[٥] في « الأم » علىٰ أنه لو أَحضرَ المكاتَبُ المالَ؛ ليدفعَهُ إلىٰ السيدِ، أو دفعَ المالَ إلىٰ رسولِهِ ليُوصلَهُ إليه، فمات قبلَ قبضِهِ، مات رقيقاً أيضاً.

وأنه لو وكّلَ المكاتَبُ رجلاً في دفعِ النجمِ الأخيرِ إلىٰ السيدِ، وماتَ المكاتَبُ، فقال أولادُهُ الأحرار: دفعَ الوكيلُ قبلَ موتِهِ، فمات حُرّاً، وكذَّبه السيدُ، فهو المصدَّقُ، فإنْ أقاموا بيِّنةً علىٰ الدفع يومَ الخميس، وكان قد مات يومَ الخميس، لم

---

(١) في المطبوع: « وبعض »، تحريف.

(٢) انظر: (نهاية المطلب: ١٩ / ٤٦٦).

(٣) ما بين حاصرتين ساقط من (ظ)، والمطبوع.

(٤) في المطبوع: « معلوماً ».

(٥) في المطبوع: « نصّ » بدون « الواو ».

ينفعُهُم إلاَّ أَنْ يقولَ الشهودُ: دفعَ قبل موته، أو يقولوا: دفعَ قبل طلوع الشمس، ويكون السيدُ معترفاً بأنه[1] مات بعد الطلوع.

وأنه لو شهدَ وكيلُ المكاتَب بقبض السيدِ قبلَ موتِ المكاتَب، لم تُقْبَلْ شهادتُهُ، ولو شهدَ به وكيلُ السيد، قُبلَتْ؛ لعدَمِ التُّهمة.

فُروعٌ تتعلَّق بِالفَسْخ والانفساخ: فيحصلُ الفسخُ بقولِ السيدِ: فسخْتُ الكتابةَ، ونقضْتُها، ورفعتُها، وأبطلتُها، وعجَّزتُ المكاتَب.

ولو لم يطالبْهُ السيدُ بعد حلول النجمِ مدةً، ثم أحضرَ المكاتَبُ المالَ، لم يكن للسيدِ الامتناعُ من قبضِهِ.

ونصّ في « الأم »: أنه لو قال بعد التعجيز: قررتُكَ علىٰ الكتابة، لم يَصِرْ مكاتَباً حتَّىٰ يجدِّدَ كتابةً، وقد سبق في « القراض » ما يقتضي خلافاً فيه.

قلتُ: ليس هٰذا كالقراض؛ فإنَّ معظمَ الاعتماد هنا في العتقِ علىٰ التعليق، وهٰذا اللَّفظُ لا يصلُح له. **واللهُ أعلمُ.**

ولو تطوَّعَ رجل بأداءِ مالِ الكتابة، فهل يجبرُ السيدُ علىٰ القَبول، أم له الفسخُ ؟ وجهانِ.

أصحُّهما: له الفسْخُ، وبه قطع الإمامُ.

وإذا قَبِلَ، ففي وقوعه عن المكاتب إذا كان بإذنه وجهانِ.

القياسُ: الوقوعُ.

وإذا ماتَ المكاتَب رقيقاً، أو فسخَ السيدُ الكتابة؛ لعجزِهِ، رَقَّ كُلُّ مَنْ يكاتبُ عليه مِنْ[2] والدٍ وولَدٍ، وصاروا جميعاً للسيدِ، وجميع ما في يدِهِ مِنَ المالِ للسيدِ إن لم يكن عليه دَيْنٌ، فإنْ كان، فسنذكره إِنْ شاء اللهُ تعالىٰ.

فَرْعٌ: إذا قهرَ السيدُ المكاتَب، واستعملَه مدةً، لزمَهُ أُجرةُ مِثْلِهِ. ثم إذا جاء المَحِلُّ، هل يلزمُهُ إمهالُهُ مثلَ تلك المدةِ، أم له تعجيزهُ والفسخُ ؟ قولان.

---

(١) في (ظ)، والمطبوع: « بأن ».
(٢) كلمة: « مِنْ » ساقطة من المطبوع.

أظهرهما: الثاني؛ لأنه أخذ بَدَلَ منافِعِه.

ولو حبسَهُ غيرُ[1] السيد، فالمذهب أنه لا إمهالَ، وأجراه العراقيُّون علىٰ القولين. وقد ذكرنا [١٣٥١ / ب] المسألةَ فيما لو أسَرَ الكفارُ مكاتَباً مدةً ثم استنقَذْناه.

المسألةُ الرابعةُ: فيما إذا انضمَّ إلىٰ النجوم ديونٌ علىٰ المكاتَب لسيدِه، أو لغيرهِ، أو له ولغيرِهِ. وفيها صوَرٌ.

الأولىٰ: كان للسيد مع النجوم دَينُ مُعاوضةٍ، أو أَرْشُ جِنايةٍ، فإنْ تراضيا بتقديم الدَّين، فذاك، وإنْ تَراضَيَا بتقديم النجوم، عَتَقَ.

ثم المذهبُ أَنَّ الدَّين الآخر لا يسقطُ، فللسيدِ مطالبتُهُ به.

ولو كان ما في يده وافياً بالنجوم دون الدَّين، فإذا أداهُ عنِ النجومِ بإذنِ السيدِ، فالحكمُ ما ذكرنا[2]، وللسيدِ منعُهُ مِنْ تقديم النجوم، فيأخذ ما معه عن الدَّين، ثم يعجِّزه. وهل له تعجيزُهُ قبلَ أَخْذِهِ؟ وجهان.

أصحُّهما: نَعَمْ.

ولو دفعَ المكاتَب ما في يده إلىٰ السيدِ، ولم يتعرَّضا للجهة، ثم قال المكاتَبُ: قصدْتُ النجومَ، وأنكرَ السيدُ، أو قال: أصدِّقه، ولٰكن قصدْتُ أنا الدَّينَ، لا النجومَ، فقال القَفَّالُ: يصدَّقُ المكاتَب.

وقال الصَّيدلانيُّ: يصدَّقُ السيدُ؛ لأن الاختيارَ هنا إليه، بخلاف سائِرِ الديونِ.

قلتُ: قولُ القَفَّالِ أصحُّ. **واللهُ أعلمُ.**

الثانيةُ والثالثةُ: إذا اجتمعَ عليه نُجومٌ ودُيونٌ للسيدِ، أو لغيرِهِ، أو لَهُ ولغيرِه، فهو كالحُرِّ في الحَجْرِ عليه بالفَلَسِ، وقسم ماله بين أصحاب الديونِ. وهل تَحِلُّ بالحَجْرِ الديونُ المؤجَّلة؟ طريقان.

أصحُّهما: قولانِ، كالمفلس.

---

(١) في المطبوع: «عن»، خطأ.

(٢) في المطبوع: «ذكرناه».

والثاني: تَحِلُّ قطعاً؛ لأن للرقِّ أثراً في إبطالِ الأجَل، ولهـٰذا نصَّ الشافعيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أَنَّ الحربيَ إذا استرقَّ وعليه دَين مؤجَّل، حَلَّ، فإنْ قلنا: يَحِلُّ، قسمَ المال علىٰ الجميع، وإلاَّ، فعلىٰ الحال، ولا يحجرُ عليه بالتماس السيدِ للنجوم؛ لأنها غير مستقرّة، والمكاتَب متمكِّن مِنْ إسقاطها.

إذا ثبَتَ هـٰذا، فإِنْ كان ما في يد المكاتَب وافياً بالديون، قُضِيت، وإلاَّ، فإنْ لم يحجرْ عليه، فله تقديمُ ما شاء مِنَ الديون، وله تعجيلُ الديون قبل المَحِلِّ، ولا يجوزُ تعجيلُ الديونِ المؤجَّلة بغيرِ إذنِ سيدِهِ.

وفي جوازه بإذنه الخلافُ في تبرُّعاته بإذنه. وفي معناه ما إذا عجّلَ الديون للسيد، ومنهم مَنْ طَرَدَ الخلافَ في تعجيل النجوم، ذكره الرُّوْيانِيُّ.

وإذا قدّم النجوم، عَتَقَ، وبقي دَيْنُ الأجانبِ عليه، ولا يجيءُ فيه الخلافُ في إعتاق الجاني؛ لأنَّ العِتق يحصلُ بالصفة السابقة علىٰ الجناية، فهو كما لو علّقَ عتق عبده بصفَةٍ، ثم جنىٰ، فإِنَّ الجناية لا تمنعُ وقوع العتقِ بالتعليق السابق بلا خلاف، والأَوْلىٰ أَنْ يقدّمَ دَين المعاملة، فإن فَضَلَ شيء، جعله في الأَرْش، فإِنْ فَضَلَ شيء، صرفَهُ في النجوم. وسيظهر وجهُ هـٰذا الترتيب إنْ شاءَ الله تعالىٰ.

وإن حجرَ عليه، تولّىٰ قسمة ما في يده.

وفي كيفيَّة القسمةِ وجهان، ويقال: قولانِ.

أحدهما: يقسمُ علىٰ قَدْرِ الديون.

وأصحُّهما: يقدّمُ دَيْن المعاملة؛ لأنه يتعلق بما في يده خاصّةً، وللأَرْشِ متعلّقٌ آخَر، وهو الرقَبةُ، وكذا حقّ السيد بتقدير العَجْز يعودُ إلىٰ الرقبة، ويسوىٰ بين النقد والعَرْضِ، ثم يقدّمُ أَرْش الجناية علىٰ النجوم؛ لأنَّ الأَرْشَ مستقرٌّ، والنجومُ معرَّضةٌ للسقوط.

وقال القاضي أبو الطيِّب: لا خلاف أن هـٰذا [١٣٥٢ / أ] الثاني مذهب الشافعيِّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ، وإنما الأول إذا رَضُوا بالتسوية، فإِنْ عَجَّزَ المكاتَب نفسَه، سقطتِ النجومُ. وفي دَيْن المعاملة للسيد وجهانِ.

أصحُّهما: يسقطُ أيضاً، ويصرفُ ما في يده إلىٰ ديون الأجانب؛ من معاملةٍ

وأَرْشٍ، فإن لم يَفِ بالنوعَين، فهل تقدّمُ المعاملة، أم الأَرْش، أم يسوّىٰ بينهما ؟ أوجُهٌ.

أصحُّها عند الشيخ أبي محمد، والغزالي، وغيرهما[1] : الثالثُ.

ثم ما تبقّىٰ من دَينِ المعاملة، يتبعُ به بعدَ العتقِ، وما تبقّىٰ من الأَرْشِ يتعلّق بالرقبة، يباعُ فيه.

ولو مات المكاتَبُ قبلَ قسمةِ ما في يده، انفسخَتِ الكتابةُ، وسَقطتِ النجومُ.

قال ابن سُرَيْجٍ، وابْنُ الصبَّاغِ: تسقطُ الأُرُوشُ أيضاً؛ لأنها تتعلَّقُ بالرقَبة، وقد فاتَتْ، وبما في يدِهِ بحُكم الكتابة، وقد بَطَلَتْ، فعلىٰ هٰذا: يتعيَّنُ صرفُ ما خلَّفه إلىٰ المعاملة.

وقال الصَّيدلانيُّ، والإمامُ، والبَغَويُّ: تبقىٰ الأُروشُ وتعلّقها بالمال، فعلىٰ هٰذا: إنْ سَوَّينا في صورة التعجيز، فهنا أَوْلىٰ، وإنْ قَدَّمنا الأَرْشَ، فكذا هنا، وإنْ قَدَّمنا المعاملة، فهل تقدّمُ هنا أيضاً، أم يسوّىٰ ؟ وجهانِ.

أصحُّهما: التسويةُ؛ لأنهما متعلّقانِ بما خلَّفه.

فَرْعٌ: إذا لم يكن في يدِ المكاتَبِ مالٌ، أو قسمَ الموجود؛ إمَّا علىٰ الديون جميعاً بالسويَّة، وإمَّا علىٰ التقديم والترتيب، وبقيتِ النجومُ أو بعضُها، فللسيد تعجيزُهُ، وردُّه رقيقاً.

وإنْ بقيتِ الأُروشُ، أو بعضُها، فلمُستحقِّ[2] الأَرْشِ الباقي تعجيزُه[3]؛ [لِتُبَاعَ] رقبَتُهُ في حقِّه، ولا يعجِّزُهُ بنفسه؛ لأنه لم يعقدُهُ، ولٰكن[4] يرفعُ الأمر إلىٰ الحاكم ليعجِّزَهُ، صرَّح الأصحاب بهٰذا.

وقال الإمام[5] : ظاهرُ كلامهم أنه يعجِّزه بنفسه.

---

(١) في المطبوع: « ونحوهما ».
(٢) في (ظ)، والمطبوع: « فمستحق »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٥٢١).
(٣) في (ظ)، والمطبوع: « لعجزه »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٥٢١).
(٤) في المطبوع: « لٰكن » بدون « الواو ».
(٥) انظر: (نهاية المطلب: ١٩ / ٤٠٧).

والوجهُ: الرفعُ إلىٰ القاضي.

فلو أرادَ السيدُ أَنْ يفديَه ويبقي الكتابة، فهل يمتنعُ علىٰ مستحقِّ الأَرْشِ التعجيز ويلزمُهُ قَبولُ الفداء؟ وجهان.

أرجحُهما عند الإمام، والغزاليِّ: لا.

وأصحُّهما: نَعَمْ، وبهـٰذا قطع الجمهور.

وأمَّا صاحبُ دَين المعاملة، فليس له التعجيزُ؛ لأن حقَّه لا يتعلَّق بالرقبة.

ولو أمهله السيدُ ومستحقّ الأَرْش، ثم بدا لبعضهم، وأرادَ التعجيزَ، فله ذلكَ. وإذا تحققَ التعجيزُ، سقطتِ النجومُ، ويباعُ في الأَرْشِ، إلاَّ أَنْ يَفديَهُ السيدُ، ودَينُ المعاملة لا يتعلَّق بالرقبة علىٰ الصحيح.

فَرْعٌ: ذكرنا أَنَّ الأصحَّ تقديمُ دَينِ الأجنبيِّ علىٰ النجوم، وهل يضاربُ السيدُ معهم بماله من دَيْنِ المعاملة؟ وجهان.

أصحُّهما: نَعَمْ، وأَمَّا ما للسيدِ عليه مِنْ أَرْش جنايةٍ، فقال ابْنُ كَجٍّ: يستوي السيدُ والأجنبيُّ فيه في دوام الكتابة، وأمَّا بعدَ التعجيز، فيباعُ في أَرْش الجنايةِ للأجنبيِّ، ويسقطُ ما للسيدِ؛ لأنه صار مِلْكه، ولا يثبتُ للسيد علىٰ عبده أَرْش، ويجوزُ أَنْ يجعلَ فيه خلاف.

المسألةُ الخامسةُ: إذا كان بينهما عبدٌ بالسويَّةِ، فكاتباه معاً [1]، لم يكن للمكاتَب أَنْ يفضلَ أحدهما علىٰ الآخَر في المدفوع. فلو دفعَ إلىٰ أحدِهما تمامَ حِصَّته بغيرِ إذنِ الآخَر، لم يَعْتِقْ منه شيءٌ؛ لأنَّ نصفَ المأخوذِ لشريكه، ويجيء فيه وجهٌ ضعيفٌ سبَقَ.

وإنْ دفعَ إليه تمامَ النجوم، فكذٰلك علىٰ الأصحِّ، وللشريكِ الآخَرِ أخْذُ حِصَّته [١٣٥٢ / ب] مما قبضَ بلا خلاف.

ولو قبضَ أحدُهما جميعَ النجوم بإذنِ الآخَر، عَتَقَ العبدُ قطعاً.

(١) كلمة: «معاً» ساقطة من المطبوع.

وإنْ سلَّمَ إلىٰ أحدِهما حِصَّته من مال الكتابة بإذنِ الآخَر ورِضاه بتقديمه، فهل يصحُّ القبضُ ؟ قولان.

أظهرُهما: لا ؛ لأن حقَّهُ في ذمةِ المكاتَب. وما في يده مِلْكُه، فلا أثَرَ للإِذن فيه، ولأنه لو جاء بالمال ليعطيَهما، فرضيَ أحدُهما بأَنْ يَزِنَ للآخَر أوَّلاً، ففعلَ، وأقبَضَه، لم يَعْتِقْ حتَّىٰ يَزِنَ للآخَر.

ولو هلكَ الباقي قبلَ أَنْ يَزِنَ للثاني، كان المدفوعُ بينهما، فكذا هنا.

والثاني: نَعَمْ ؛ لأنَّ الحقَّ لا يعدُوهم، فإن قلنا: لا يصِحُّ القبضُ، لم يَعْتِقْ نصيبُ القابض، وللآذِنِ طلبُ حِصَّته من المقبوض.

ثم إِنْ أدَّىٰ المكاتَب الباقي، عَتَقَ عليهما، وإلاَّ، فلهما التعجيزُ.

وإن قلنا: يصِحُّ القبضُ، اختصَّ القابضُ بما قبضَ، وعَتَقَ نصيبُهُ.

ثم إنْ كان مُعسِراً، لم يَعْتِقْ عليه نصيب الآخَر، ولـٰكن إنْ كان في يد المكاتَب ما يفي بنصيبِ الآخَر، وأدَّاه، عَتَقَ أيضاً، وإلاَّ، فله التعجيزُ.

وإنْ كان موسِراً، قُوِّمَ عليه نصيبُ الشريك. وهل يُقَوَّمُ في الحالِ، أم عندَ التعجيزِ عندَ نصيب الآخر ؟ فيه القولانِ السابقان فيما إذا أعتقَ[1] أحدُهما نصيبه، فإن قلنا: يُقَوَّمُ في الحالِ، فجميعُ ما في يدِ المكاتَب يكونُ للشريك الآذِن، وما كسَبَهُ بعد ذٰلك يكونُ بين المكاتَب والشريكِ الآذِنِ؛ لأنه كسب بنصفَيه الحُرِّ والمكاتَب.

وإنْ مات قبل الأداءِ والتعجيزِ، فعلىٰ ما سبقَ هناك. هـٰذه طريقة جماهيرِ الأصحابِ.

وقال الإمامُ: إنْ كان في يده وفاءٌ بنصيبِ الشريكِ الآذنِ، فالذي رأيتُه للأصحاب القطعُ بأنه لا سِرَايةَ.

قالَ[2] الغزاليُّ: ولا نقولُ بعتقِ نصيبه؛ بل يؤدي نصيب الآذنِ، فإذا أدَّىٰ، عَتَقَ عليهما، وإِنْ عَجَزَ عن أداء نصيبِ الآذنِ، فعن ابْنِ سُرَيج: لا يشاركُ القابض فيما

---

(١) في المطبوع: « عتق ».
(٢) في المطبوع: « وقال ».



قبضَ؛ لأنه لمَّا قدَّمه رضيَ ببقاء حقهِ في ذمَّة المكاتَبِ، فعلىٰ هـٰذا: يَعْتِقُ نصيب القابض. وفي السراية ما ذكره الجماهيرُ.

وعن غيرِهِ: أَنَّ الآذِن يشاركُهُ؛ لأن ما قبضَه، كَسْبُ عبدِهما، وإنما تبرّع الآذِنُ بالتقديم، لا بالتمليكِ، ولا يَخْلُصُ له المقبوضُ. فعلىٰ هـٰذا: لهما تعجيزُهُ وإرقاقُهُ.

فَرْعٌ: قد سبقَ أنهما إذا كاتبا المشترَكَ، فادَّعىٰ أنه أَوْفاهما، فصدَّقَه أحدُهما، وكذَّبه الآخَرُ، صُدِّقَ المكذِّب بيمينه، فإذا حلفَ، بقيتِ الكتابةُ في نصيبِهِ، وهو بالخِيارِ بين أَنْ يشاركَ المصدِّقَ فيما أَقَرَّ بقبضه، فيأخذ نصفَه، ويطالب العبد بالباقي، وبين أَنْ يطالبَ المكاتَب بتمامِ نصيبه؛ لأنَّ كَسْبَهُ مُتعَلّقُ حقِّهما بالشركة.

وقيل: إذا جوَّزْنا انفرادَ أحدِهما بكتابةِ نصيبِهِ، لم يشارِكِ المصدّق؛ بل يطالبُ المكاتب بجميع حَقِّه. وإنكارُهُ قبضَ الشريك لا يمنعُهُ الرجوعَ عليه؛ لأنه أقرَّ بالقبض، وربما قبَضَ، وهو لا يعلمُ.

ثم إذا أخذَ المكذِّبُ[1] حِصَّته منهما، أو مِنَ العبدِ وحدَه، عَتَقَ باقيه، ولا يرجعُ المصدِّقُ إنْ أخذَ منهما بشيءٍ علىٰ العبدِ؛ لاعترافه بأنه مظلومٌ، ولا يرجعُ العبدُ أيضاً علىٰ المصدِّق بما[2] يأخذ منه [١٣٥٣ / أ] ولا تقبلُ شهادةُ المصدِّق علىٰ المكذِّب؛ لأنه مُتَّهم.

السادسةُ: إذا كاتَبَ عَبيداً، وشرطَ أَنْ يتكفَّلَ بعضُهم بعضاً بالنجوم، فسدَتِ الكتابةُ؛ لأنه شرطٌ فاسِد؛ لأنَّ ضمانَ النجوم باطِلٌ.

ولو ضمِنَ بعضُهم بعضاً بلا شرط، لم يصِحَّ.

وفي قول قديم: لا تفسدُ الكتابةُ بالشرطِ المذكورِ؛ لأنه مصلحة العقد[3]، والمشهورُ: الأولُ.

ولو كاتَبَ عبداً بشرطِ أَنْ يضمَنَ عنه فلانٌ، لم تصحَّ الكتابةُ أيضاً. ولو أدَّىٰ بعضُ المكاتَبين عن بعضٍ بلا شرطٍ، ولا ضمانٍ، أو كاتبَ عبدَين في عقدَين، فأدَّىٰ

---

(١) في (ظ)، والمطبوع: « المكاتب »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٥٢٥).

(٢) قوله: « العبد لاعترافه. . . . . . علىٰ المصدق بما » جاء في المطبوع عقب قوله: « المكذب حصته منهما، أو من ».

(٣) في (أ): « للعقد »، وفي (فتح العزيز: ١٣ / ٥٢٦): « مِنْ مصلحة العقد ».

أحدُهما عن الآخَر؛ فإنْ أدَّىٰ بإذنِهِ، رجعَ عليه، وإلاَّ، فلا. وإنْ أدَّىٰ قبلَ العتقِ، فهو تبرُّعٌ، وتبرُّعُه بغيرِ إذنِ السيدِ باطل، وبإذنِهِ قولانِ. فإنْ لم يعلم السيدُ أنه يؤدِّي عن غيره؛ بأَنْ ظن أنَه[1] كَسْبُ المؤدّىٰ عنه، وأنه وكيلُهُ، فهو تبرُّعٌ بغيرِ إذنِ السيدِ، وإنْ علمَ الحال، فهو كالتصريح بالإذنِ علىٰ الأصحِّ، فإنْ صحَّحْنا الأداءَ، لم يرجعِ المؤدِّي علىٰ السيدِ، ويرجعُ علىٰ المؤدَّىٰ عنه إنْ أدَّىٰ بإذنه، ولا يرجعُ إنْ أدَّىٰ بغير إذنه.

وإذا ثبتَ له الرجوعُ عليه، فإنْ كان قد عَتَقَ، فذاك، وإلاَّ، فيأخذهُ[2] ممَّا في يده، ويقدّم علىٰ النجوم؛ لأنه لا بَدَلَ له، وحقُّ السيدِ له بَدَلٌ عند التعذُّر، وهو رقبتُهُ.

وإنْ لم نصحِّحِ الأداءَ، فلا رجوعَ للمؤدِّي علىٰ المؤدَّىٰ عنه؛ لـٰكنَّه يستردُّ من السيدِ، فلو أدَّىٰ النجومَ، وعَتَقَ، فالنصُّ أنه لا يستردُّ حينئذ، ونصّ فيما لو جَنىٰ السيدُ علىٰ مكاتَبه، فعفا عن الأَرْش، وأبطلْنا العفوَ؛ بناءً علىٰ رَدِّ تبرُّعاته، فَعَتَقَ، أَنَّ له أَخْذَ الأَرْش.

قال أكثر الأصحاب: في الصورتَين قولانِ، كزوالِ المانعِ من تبرُّعه، لـٰكن وقعَ العفوُ والأداءُ فاسدَين، فلا ينقلبانِ صحيحَين.

ولو كاتبَ رجلانِ كُلُّ واحدٍ منهما عبدَه، ثم أدَّىٰ أحدُهما عن الآخَر بغيرِ إذنِ سيدِهِ، لم يَصِحَّ أداؤُه، وبإذنِهِ قولان.

وقال القَفَّالُ: إنِ انضَمَّ إذنُ المؤدَّىٰ عنه إلىٰ إذن سيدِهِ، صحَّ بلا خلاف؛ لأنه يكونُ إقراضاً، والإقراضُ بإذنِ السيدِ صحيحٌ بلا خلاف، فإنْ لم نُصَحِّحْ أداءه[3]، فلَهُ الاستردادُ، فإنْ عَتَقَ قبلَ الاستردادِ، ففيه الخلافُ.

فَرْعٌ: المكاتَبون دَفْعةً واحدةً إذا اختلفوا فيما دَفَعوه[4] إلىٰ السيد، فقال مَنْ قلَّت

---

(١) في المطبوع: « أَنْ ».
(٢) في المطبوع: « فيأخذ ».
(٣) في (ظ): « الأداء »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٥٢٨).
(٤) في المطبوع: « دفعه ».



قيمتُهُ: أَدَّينا النجومَ على عدد الرؤوس، وقال مَنْ كَثُرَتْ قيمتُهُ: بل على أقدار القِيَمِ، فقولانِ.

أظهرُهما: يُصدَّقُ مَنْ قَلَّتْ قيمتُهُ؛ لثبوتِ يدِهِ على ما ادَّعاه.

والثاني: يصدَّقُ الآخَرُ؛ لأن الظاهرَ معه.

وقيل: ليست على قولَين؛ بل إِنْ أَدَّوا بعضَ المال بحيثُ لو وزِّعَ على رؤوسهم، لم يخصَّ أحدهم أكثر من قِسْطه، صُدِّقَ قليلُ القيمة، وإنْ أدَّوا الجميعَ، وادَّعى قليلُ القيمة أنه أدَّىٰ أكثرَ مِمَّا عليه؛ ليكونَ وديعةً عند السيدِ، أو قَرْضاً على كثيرِ القيمةِ، فيصدَّقُ كثيرُ القيمةِ.

قال الرُّوْيَانِيُّ: ويجري الخلافُ فيما لو اشترىٰ اثنانِ شيئاً على التفاضُل، وأدَّيا الثمنَ، واختلفا في أنهما أدَّيا متفاضِلاً، أم مُتساوياً.

السابعةُ: في الاختلافِ، وفيه صورٌ.

إحداها[١]: ادَّعى عبدٌ على سيده [١٣٥٣ / ب] أنكَ كاتَبْتَني، فأنكرَ، صُدِّقَ السيدُ بيمينه، وكذا لو ادَّعى على وارثه بعدَه، أنَّ مورِّثَك كاتَبني، صُدِّقَ الوارثُ، ويحلفُ على نفي العلم.

ولو قال السيدُ: كاتبتُكَ وأنا مجنونٌ، أو مَحْجُور عليَّ، وقال[٢] العبدُ: بل كنتَ كامِلاً؛ فإنْ عُرِفَ للسيدِ جُنون، أو حَجْرٌ، صُدِّقَ، وإلاَّ، فَيُصدَّقُ العبدُ.

ولو قال السيدُ: كاتبتُكَ، فأنكرَ العبدُ، ففي «كتابِ ابْنِ كَجٍّ» أنه إنْ[٣] لم يعترِفْ بأداءِ المالِ، عادَ رقيقاً، ويكونُ إنكارُهُ تعجيزاً منه.

وإن قال السيدُ: وأدَّيتَ المالَ، وعَتَقْتَ، فهو حُرٌّ بإقراره، فإنْ قال العبدُ: الذي أدَّيتُ إليكَ ليس لي؛ بل وَدِيعة لزيدٍ، وادَّعاه زيدٌ، صُدِّقَ.

أمَّا إذا اختلفا في أداءِ المالِ، فالمصدَّقُ السيدُ، فإنْ أرادَ المكاتَب إقامةَ بيِّنةٍ بالأداءِ، أمهلَ ثلاثة أيام. وهل هـٰذا الإمهالُ واجبٌ، أم مستحَبٌّ؟ وجهان.

---

(١) في المطبوع: «إحداهما».

(٢) في المطبوع: «قال» بدون «الواو».

(٣) كلمة: «إنْ» ليست في (أ).

ولا تثبتُ الكتابةُ بشاهد وامرأتين، ولا بشاهدٍ ويمينٍ.

ويشترطُ في الشهادة التعرُّضُ للتنجيم، وقَدْرِ كُلِّ نَجْمٍ، ووقتِهِ.

ويثبتُ الأداءُ بشاهدٍ وامرأتَين، وبشاهدٍ ويمينٍ.

وقيل: لا يثبتُ النجمُ الأخير إلَّا بعَدْلَين؛ لتضمُّنِهِ العتق، والصحيحُ: الأولُ.

وحكىٰ الرُّوْيَانِيُّ في « الكافي »[1]: أنه لو أمهلَ ثلاثة أيام، ليأتيَ ببيِّنَةِ الأداءِ، فأحضرَ شاهداً بعد الثلاثة، واستنظرَ ليأتيَ بالثاني، أُنْظِرَ ثلاثةً أُخرىٰ.

الثانية: اختلفا في قَدْرِ النجومِ، أو عددِها، أو جنسِها، أو صِفتِها، أو قَدْرِ الأَجَل، ولا بيِّنَةَ، تحالفا، وكيفيتُهُ كما سبق في « البيع » فإذا تحالفا، نُظِرَ: إن لم يحصلِ العتقُ باتفاقهما؛ بأَنْ لم يَقْبِضْ جميعَ ما يدَّعيه، أو قبض غير الجنس الذي يدَّعيه، فهل تنفسخُ الكتابةُ، أم يفسخُها الحاكم إنْ لم يتراضيا علىٰ شيء؟ فيه ما سبقَ في البيعِ.

وإنْ حَصَلَ العتقُ باتفاقهما؛ بأَنْ قبضَ ما يدَّعيه بتمامه، وزعمَ المكاتَبُ أنَّ الزيادةَ علىٰ القَدْرِ الذي اعترفَ به أودَعَها عنده، استمرّ نفوذه، ويتراجعانِ، فيرجعُ السيدُ بقيمة المكاتَب، ويرجعُ هو بما أدَّىٰ، وقد يقع في التقاصِّ.

ولو قال السيدُ: كاتبتُكَ علىٰ نجم، فقال: بل علىٰ نجمَين، قال البغويُّ[2]: صدِّقَ السيدُ بيمينه؛ لأنه يدَّعي فسادَ العقد.

قلتُ: ينبغي أن يكونَ علىٰ الخلافِ فيما لو اختلفَ المتبايعانِ في مفسدٍ للبيع. **واللهُ أعلمُ.**

فلو أقامَ العبدُ بيِّنةً، بأنه كاتبَهُ في رمضانَ، سنةَ كذا علىٰ ألفٍ، وأقامَ السيدُ بيِّنةً أنه كاتَبه في شوَّال تلك السنة علىٰ ألفَين، فإنِ اتفقا أَنَّ الكتابةَ واحدةٌ[3]، فكلُّ بيِّنةٍ تكذِّبُ الأخرىٰ، فتتساقطانِ، ويتحالفانِ.

---

(١) الكافي: للقاضي أبي المحاسن عبد الواحد بن إسماعيل الرُّوياني، وهو شرحٌ مختصرٌ علىٰ المختصر. انظر: (الخزائن السنية: ٨٢).

(٢) انظر: (التهذيب: ٨ / ٤٣٢).

(٣) في المطبوع: « متحدة »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٥٣١).

وإنْ لم يتفقا على الاتِّحادِ، فالبيِّنةُ المتأخِّرة أَوْلى؛ لأنه ربَّما كاتبَ في رمضان، ثم ارتفعَتْ تلك الكتابة، وأحدثَ أُخرى.

الثالثةُ: وَلَدُ المكاتبِ من زوجتِهِ المعتَقة حُرٌّ، وولاؤُه لمواليها، فإنْ عَتَقَ المكاتَبُ، انجَرَّ الوَلاءُ إلى مواليه، كما سبقَ في « الوَلاء ».

فلو ماتَ المكاتَب، فاختلفَ مولاهُ ومولى أُمِّ أولادِه، فقال مولاهُ: عَتَقَ بأداءِ النجومِ، ثم ماتَ وجرّ ولاء أولاده إليَّ، وأنكرَ مواليها، فهمُ المصدَّقون باليمين، وعليه البيِّنةُ. وهل يكفيه شاهدٌ ويمينٌ، أو شاهدٌ وامرأتانِ، أم يحتاجُ إلى شاهدَين؟ فيه الخلافُ في النَّجْم الأخير، ويدفعُ مال المكاتَب إلى ورثته الأحرارِ؛ [١٣٥٤ / أ] لإقرارِ السيد أنه مات حرّاً.

ولو أقرَّ السيدُ في حياة المكاتَب بأنه أدَّى النجومَ، عَتَقَ، وجرَّ إليه ولاء ولده.

الرابعةُ: كاتبَ عبدَين في صَفْقَتين، أو صَفْقةٍ، وجوَّزْناها، ثم أقرَّ أنه استوفى نجومَ أحدِهما، أو أنه أبرأ أحدَهما، أمرَ بالبيان، فإن قال: نسيتُهُ، أمرَ بالتذكُّرِ، ولا يقرعُ بينهما ما دام حيّاً.

وقيل: يقرعُ، والصحيحُ: الأولُ، فإن بيّنَ أحدهما، فصدَّقه الآخَر، فذاك، وإن كذَّبه وقال: بل استوفيتَ مني، أو أبرأتَني، فله تحليفُ السيدِ، فإنْ حلفَ، بقيَتْ كتابته إلى أداءِ النجومِ، وإنْ نَكَلَ، حلفَ المكذِّب، وعَتَقَ أيضاً.

وإنْ لم يتذكَّرْ، حلفَ لهما إذا ادَّعاه.

وإذا حلفَ، فوجهانِ.

أحدهما: يبقيانِ على الكتابة، ولا يَعْتِقُ واحدٌ منهما إلاَّ بأداء النجوم.

والثاني: تتحوَّلُ الدعوى[(١)] إلى[(٢)] المكاتبَيْنِ، فإنْ حَلَفَا على الأداءِ، أو نَكَلا، بقيا على الكتابة، وإنْ حلفَ أحدُهما، ونَكَلَ الآخر، حكمَ بعتقِ الحالِف، وبقيَ الآخرُ مكاتَباً.

---

(١) في المطبوع: « دعوى ».

(٢) كلمة: « إلى » ساقطة من المطبوع.

ولو بيّنَ أحدهما، فقال الآخَر: نَوَيْتَني[1] بالإقرار الذي أبهمتَه[2]، ولم يقل: استوفيتَ مني، أو أبرأتَني.

قال الإمامُ[3]: فالأصحُّ أنَّ دعواه مردودةٌ؛ لأنه لا يدَّعي حقّاً ثابتاً، وإنما يدّعي إخباراً قد يصدقُ فيه، وقد يكذبُ، وقد سبقَ نظيرُ هٰذا في « الدعاوىٰ ».

ولو مات السيدُ قبلَ البيانِ، فهل يقومُ الوارثُ مَقامه في البيان ؟ قولانِ.

أحدُهما: لا؛ بل يقرعُ، فَمَنْ خرجَت قرعتُهُ، فهو حُرٌّ، وعلىٰ الآخَرِ أداءُ النجومِ، وله تحليفُ الوارثِ علىٰ نفي العلم.

وأظهرُهما: يقومُ مقامَه، ولا قُرْعةَ، فإذا بيّنَ، فالحكمُ كما سبقَ في بيان المورثِ، إلَّا أَنَّ الوارثَ يحلفُ علىٰ نفي العلمِ، فإنْ قال الوارثُ: لا أعلمُ المؤدِّي، فلكلِّ واحدٍ تحليفُهُ أنه لا يعلمُه أدَّىٰ، فإذا حلفَ لهما، فوجهان.

أحدُهما: يستوفي من كُلِّ واحدٍ منهما ما عليه، كما لو أقرَّ بأنَّ أحدَ غريمَيه أوفاه دَينه، وماتَ قبل البيان، وحلفَ الوارثُ لكلِّ واحد منهما؛ فإنه يستوفي الدَّينَين جميعاً.

وحكىٰ ابْنُ الصبَّاغ توقُّفَ العتقِ علىٰ أداءِ كُلِّ واحد منهما جميعَ ما عليه، ثم قال: وعندي أنه إِنِ استوىٰ[4] المالانِ، فقالا: نؤدِّي ما علىٰ أحدنا، أو اختلفا، فقالا: نؤدِّي الأكثرَ ليعتقَ، كان لهما ذٰلك؛ لأنهما بأدائه قد أدَّيا جميعَ ما عليهما.

والوجه الثاني، وهو الأصحُّ، وبه قال القاضي أبو الطيِّب: يقرعُ بينهما، هٰكذا رتَّبَ الجمهورُ المسألة.

وقال الإمامُ، والغزاليُّ: لكلِّ واحدٍ من المكاتَبين[5] أَنْ يدَّعيَ علىٰ الوارث

---

(١) في المطبوع: « تؤتيني »، خطأ. وفي (فتح العزيز: ١٣ / ٥٣٢)، و(نهاية المطلب: ١٩ / ٣٩١): « عَنَيْتَني » بدل: « نويتني ».

(٢) في المطبوع: « اتهمته »، تصحيف.

(٣) انظر: (نهاية المطلب: ١٩ / ٣٩١).

(٤) في (أ)، والمطبوع: « استوفىٰ »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٥٣٣).

(٥) في المطبوع: « الكاتبين »، خطأ.

توفيةَ النجوم إلىٰ المورّث، أو إبراءه له، وأَنْ يحلفَهُ علىٰ نفي العلم، فإذا حلفَ هل يقرعُ؟ قولان.

أظهرُهما: نَعَمْ، فمَنْ خرجَت له القرعةُ، فهو حُرٌّ، وعلىٰ الآخرِ أداءُ النجومِ.

وإن قلنا: لا يقرعُ. قال الإمامُ[1]: الذي يقتضيه القياسُ: التوقُّفُ إلىٰ الاصطلاحِ، أو البيانِ، أو بيِّنةٍ، وينقدِحُ أن يقال: للوارثِ تعجيزُهما؛ فإنهما ممتَنعانِ منَ الأداء، وأحدُهما مكاتَب، وحينئذ فأحدُهما حُرٌّ، والآخَرُ رقيقٌ، فيقرعُ، والمذهبُ ما قدَّمناه عن الجمهور.

ولو أقرَّ باستيفاء بعضِ نجومِ أحدِهما، ولم يبيّنْ، فلا قُرعةَ؛ لأن العتقَ لا يحصلُ به؛ بل يوقَفُ الأمر. ولو ادَّعىٰ أحَدُ المكاتَبين علىٰ الوارث الأداءَ، أو الإبراءَ [١٣٥٤ / ب]، فأنكرَ، حصلَ بإنكاره الإقرارُ للآخَر، قاله الصَّيدلانيُّ.

قلتُ: هٰذا الذي قاله الصيدلاني فيما إذا قال في إنكاره: لست المؤدّي. أما إذا قال: لا أعلمُ، ونحوَه، فليس مُقرّاً للآخَر بلا شكٍّ. **والله أعلمُ**.

فُروعٌ من « التهذيب »[2]: لو قال السيدُ: استوفيتُ، أو قال المكاتَبُ: أليسَ قد أوفيتكَ؟ فقال: بلىٰ، ثم قال المكاتَب: وفيتُكَ الجميعَ، وقال السيدُ: البعضَ، فالمصدَّقُ السيدُ؛ لأن اللفظَ يحتملهما جميعاً.

ولو وضعَ عن المكاتَب شيئاً من النُّجوم، واختلفا، فقال السيدُ: وضعْتُ من النجم الأولِ، وقال المكاتَبُ: من الأخيرِ، أو قال: وضعْتُ بعضَ النجوم، فقال المكاتَبُ: بل كُلَّها، صُدِّقَ السيدُ بيمينه.

ولو كاتبَهُ علىٰ ألفِ درهمٍ، فوضعَ عنه عَشَرَةَ دنانير، لم يَصِحَّ.

فإنْ قال: أردتُ قيمةَ عَشَرَةِ دنانير من الدراهم، صَحَّ. فلو قال المكاتَبُ: أردت المعنىٰ الثاني، فأنكرَ السيدُ، صُدِّقَ السيدُ.

---

(١) انظر: (نهاية المطلب: ١٩ / ٣٩٢).

(٢) انظر: (التهذيب: ٨ / ٤٣٣).

ولو وضعَ عنه من الدراهم ما يقابلُ عَشَرَةَ دنانير، وهو[1] مجهول عندهما، ففي صحته وجهان؛ بناءً على الخلاف فيما لو أوصى بزيادةٍ على الثلُثِ، وأجازَ الوارثُ، وهو جاهلٌ بالزيادة، ففي وجه: لا يصحُّ، ويحملُ على أَقَلِّ ما يتيقّنُ.

الحكمُ الثالثُ: تصرُّفاتُ السيدِ في المكاتَب، وما يتعلَّق به، وتصرُّف المكاتَب.

أما القسمُ الأولُ، ففيه مسائل.

إحداها: في صحَّةِ بيعِ السيدِ رَقبةَ المكاتَب، وهبته قولانِ.

الأظهر الجديدُ: بطلانُهُ، ومنهم مَنْ قطعَ به.

فعلى هذا: لو أدَّى النجومَ إلى المشتري بعد البيع، فهل يَعْتِقُ؟ فيه الخلافُ الذي نذكره إِنْ شاءَ الله تعالى فيما لو دفعَ النجومَ إلى مشتري النجومِ.

ولو استخدمه المشتري مدةً، لزمَهُ أجرةُ المِثْلِ للمكاتب، وهل على السيدِ أَنْ يمهلَهُ قَدْرَ المدَّة التي كان[2] في يد المشتري؟ قولانِ كما لو استخدمَه السيدُ، أو حبسَه.

وإِنْ قلنا بالقديم، فثلاثةُ أوجُه.

الصحيحُ: بقاءُ الكتابة، وينتقلُ إلى المشتري مكاتَباً، فإذا أدّى إليه النجومَ، عَتَقَ، وكان الولاءُ للمشتري.

والثاني: يَعْتِقُ بالأداء إلى المشتري، ويكونُ الولاءُ للبائع، ويكون انتقالُهُ بالشراءِ، كانتقالِهِ بالإرث.

والثالث: ترتفعُ الكتابةُ بالبيع، فينتقل غيرَ مكاتَب، وهو ضعيف.

ولو قال أجنبيٌّ لسيدِ المكاتَب: أعتِقْ مكاتَبَكَ على كذا، أو أعتقْهُ عنِّي على كذا، أو مجّاناً، فهو كقوله: أعتِقْ مُستولدتَكَ، وقد سبقَ في «الكفَّارات».

ولا يجوزُ للسيد بيعُ ما في يدِ المكاتَب، ولا إعتاقُ عبيده، ولا تزويجُ إمائِهِ.

الثانية: لا يصحُّ بيعُ السيدِ نجومَ الكتابة التي على المكاتَب على المذهب،

---

(١) في (ظ)، والمطبوع: «فهو».

(٢) في فتح العزيز (١٣ / ٥٣٥): «كانت».

ولا الاستبدالُ عنها علىٰ الصحيح، فلو باعها، لم يَجُز[١] للمكاتَب تسليمُها إلىٰ المشتري، ولا للمشتري مطالبته بها، ويحصلُ العتقُ بدفعها إلىٰ السيدِ. وهل يحصلُ بدفعها إلىٰ المشتري ؟ قال في « المختصر »: نَعَمْ، وفي « الأُم »: لا، فقال الجمهورُ: قولانِ.

أحدهما: نَعَمْ؛ لأنَّ السيد سَلَّطه[٢] علىٰ القبض، فأشبه الوكيل.

وأظهرُهما: لا؛ لأنه يقبضُ لنفسه، حتَّىٰ لو تلفَ في يده، ضمنَهُ، بخلاف الوكيلِ.

وقال أبو إسحاقَ: إنْ قال بَعْدَ[٣] البيع: خُذْها منه، أو قال للمكاتَب: ادفعها إليه، صار وكيلاً، وعَتَقَ بقبضه، وإنِ اقتصرَ علىٰ البيع، فلا.

ويقال: إنَّ أبا إسحاق [١٣٥٥ / أ]، عَرَضَ هـٰذا الفرقَ علىٰ ابْنِ سُرَيْجٍ، فلم يعبأْ به، وقالَ: هو وإنْ صرَّحَ بالإذنِ؛ فإنما يأذَنُ بحكم المعاوضة، لا بالوَكَالة.

فإن قلنا: يَعْتِقُ، فما أخذَه المشتري يُعطيه للسيدِ؛ لأنَّا جعلناه كَوَكيله[٤].

وإنْ قلنا: لا يَعْتِقُ، فالسيدُ يطالبُ المكاتبَ، والمكاتبُ يستردُّ من المشتري.

الثالثةُ: السيدُ معه في المعاملة كأجنبيٍّ، فيبايعُهُ[٥]، ويأخذُ منه[٦] بالشُّفعة.

فلو ثبتَ له علىٰ سيدهِ دَيْنُ معاملةٍ، ولسيدِهِ عليه النجومُ، أو دَيْنُ معاملة، ففي التقاصِّ الخلافُ الآتي في الفرع عَقيبَهُ، إنْ شاء الله تعالىٰ.

فَرْعٌ: في التقاصِّ. إذا ثبتَ لشخصَين، كلّ واحدٍ منهما علىٰ صاحبه دَينٌ بجهةٍ واحدة أو جهتَين، كَسَلَمٍ، وقَرْضٍ، أو قرضٍ، وثَمَنٍ، نُظِرَ:

هل هما نقدانِ، أم لا ؟ وهل هما جِنسٌ، أَمْ لا ؟

---

(١) في المطبوع: « يجر » تصحيف.

(٢) في المطبوع، و(فتح العزيز: ١٣ / ٥٣٧) « للسيد سُلطَة ».

(٣) في (ظ)، والمطبوع: « عند » بدل: « بعد ».

(٤) في المطبوع: « كتوكيله ».

(٥) في المطبوع: « يبايعه ».

(٦) في (ظ)، والمطبوع: « ثمنه »، خطأ. انظر: (نهاية المطلب: ١٩ / ٤٥١)، و(فتح العزيز: ١٣ / ٥٣٧).

فإنَ كانا جنساً، واتفقا في الحُلولِ وسائرِ الصفات، فأربعة أقوالٍ.

أظهرُها: يحصلُ التقاصُّ بنفسِ ثبوتِ الدَّيْنَيْن، ولا حاجةَ إلىٰ الرِّضَا؛ إذْ لا فائدةَ فيه.

والثاني: لا يحصلُ التقاصُّ، وإنْ رضيا؛ لأنه بيعُ دَيْنٍ بِدَيْن.

والثالث: يشترطُ في التقاصِّ رِضاهما.

والرابع: يكفي رِضا أحدِهما.

وإنِ اختلفَ الدَّينانِ في الصفاتِ، كالصحَّة، والتكسُّرِ[١]، والحُلول، والتأجيل، أو في[٢] قَدْرِ الأجَل، لم يحصلِ التقاصُّ؛ لاختلافِ الأغراضِ، ولصاحبِ الحالِّ أَنْ يستوفيَه، وينتفعَ به إلىٰ أَنْ يَحِلَّ ما عليه، فإنْ تراضيا علىٰ جَعْلِ الحالِّ قصاصاً عن المؤجَّل، لم يَجُزْ، كما في الحَوالة، وحكىٰ أبو الفَرَجِ الزَّازُ[٣] فيهما وجهاً.

ولو كانا مؤجَّلين لأجلٍ واحدٍ، فهل هما كالحالَّين، أم كمؤجَّلين بأجَلَين مختلفين؟ وجهانِ، أرجحُهما عند الإمام: الأولُ[٤]، وعند البغويِّ: الثاني.

وإنْ كانا جنسَين: دراهمَ، ودنانيرَ، فلا مُقَاصَّة. والطريقُ: أَنْ يأخذَ أحدُهما ما علىٰ الآخَر. ثم إنْ شاء جعلَ المأخوذ عِوضاً عمَّا عليه، فيردّه إليه، ولا حاجةَ إلىٰ قبضِ العِوَضِ الآخَر.

أمَّا إذا لم يكنِ الدَّينانِ نَقْدَين، فإنْ كانا جنساً، فالمذهبُ أنه لا تقاصَّ، وبه قطع جمهورُ العراقيين، وغيرهم.

---

(١) في المطبوع: « والكسر ».

(٢) كلمة: « في » لم ترد في المطبوع.

(٣) هو أبو الفَرَج السَّرْخسيُّ، عبد الرحمٰن بن أحمد.

(٤) الذي في (نهاية المطلب: ١٩ / ٤٥٢): « ولو فرضنا دَينَين مؤَجَّلين، فهل يجري التقاصُّ بينهما ولا طلبة في واحدٍ منهما؟ هٰذا فيه احتمالٌ عندي، والأوجَهُ: إجراء ثلاثة أقوالٍ، فأمَّا القول الرابع ـ وهو التساقط من غير رضاً ـ فلستُ أرىٰ له وجهاً ».

وقيل: هو على الأقوالِ. وقيلَ: إنْ كانا مِنْ ذواتِ الأمثال، فعلى الأقوالِ، وإلاَّ، فلا تقاصَّ قَطعاً.

وإنْ كانا جنسَين، فلا تقاصَّ قطعاً، وإنْ تراضَيا؛ بل إنْ كانا عَرْضَين، فليقبِضْ كُلُّ واحدٍ ما على الآخَر، فإنْ قَبَضَ أحدُهما، لم يَجُزْ رَدُّهُ عِوَضاً عن المستحقِّ للمردود عليه؛ لأنه بيعُ عَرْضٍ قبلَ القبضِ، إلاَّ أَنْ يكونَ ذلك العَرْضُ مستحقّاً بقَرْضٍ، أو إتلافٍ، لا بعقْدٍ.

وإن كانَ أحدُهما عَرْضاً، والآخَرُ نَقْداً؛ فإنْ قبضَ مستحقُّ العَرْضِ العَرْضَ، وَرَدَّهُ عِوَضاً [عن النقْدِ المستحقِّ عليه، جازَ، وإنْ قبضَ مستحقُّ النقدِ النقدَ، وردَّه عِوضاً][1] عن العَرْضِ المستحقِّ عليه لم يَجُزْ، إلاَّ أن يكون العَرْضُ مستحقّاً بقرضٍ، أو إتلافٍ. هكذا ذكر ابْنُ الصبَّاغ، والرُّويَانِيُّ، وغيرُهما[2].

وإذا حصلَ التقاصُّ بين السيدِ والمكاتب، وبرئَ المكاتَبُ عن النجوم، عَتَقَ، كما لو أدّاها.

قلت: وإذا[3] قلنا: لا يتقاصَّانِ، ولم يبدأْ أحدُهما بتسليمِ ما عليه، حُبِسَ حتَّى يسلّما، ذكره صاحب « الشامل »، وغيرُهُ. **واللهُ أعلمُ.**

الرابعةُ: إذا أوصى السيدُ بالمكاتَب، صَحَّتِ الوصيةُ على القديم [١٣٥٥ / ب] الذي يصحِّحُ بيعه، ولا يَصِحُّ على الجديد.

فعلى هذا: لو قال: إن عَجَزَ مكاتَبي، وعاد إلى الرقِّ، فقد أوصيتُ به لفلان، فوجهان.

أحدهما: لا يصحُّ؛ اعتباراً بحالِ التعليق، وكما لو قال: إنْ ملكْتُ عبدَ فلان، فهو حُرٌّ.

والثاني، وهو الصحيحُ، وبه قطعَ الجمهورُ: تصِحُّ الوصيةُ كما لو أوصى بثمرة نخلتِهِ، وحَمْلِ جاريته، وكما لو قال: إنْ ملكْتُ عبدَ فلان، فقد أوصيتُ به، فإنْ قلنا

(١) ما بين حاصرتين ساقط من (ظ).
(٢) كلمة: « وغيرهما » مكررة في (م).
(٣) في المطبوع: « فإذا ».

بالصحيح، فَعَجَزَ، وأرادَ الوارثُ إنظارَه، فللموصىٰ له تعجيزُهُ؛ ليأخذَهُ[١]، وإنما يعجِّزُهُ بالرفْع إلىٰ الحاكم، كما سبقَ في المجنيِّ عليه.

ولو أوصىٰ بالنجوم التي عليه، صحَّتْ، وإنْ لم تكُنْ مستقرّةً، كما تصحُّ الوصيةُ بالحَمْل، وإنْ لم يكُنْ مملوكاً في الحال، فإنْ أدَّاها، فهي للموصَىٰ له، وولاءُ المكاتَب للسيد.

وإنْ عَجَزَ، فللوارثِ تعجيزُهُ، وفسخُ الكتابة، وإنْ أَنظره الموصىٰ له.

وهل[٢] للموصَىٰ له إبراؤُهُ عن النجوم؟ فيه احتمالانِ لابْنِ كَجٍّ، والقاضي حُسَين.

ولو أوصَىٰ لواحدٍ برقبتِهِ إنْ عَجَزَ، ولآخرَ بالنجوم، صحَّتِ الوصيتانِ؛ فإن أدَّىٰ المالَ، بَطَلَتِ الأولىٰ. وإنْ رَقَّ، بَطَلَتِ الثانيةُ.

ولو أوصىٰ لرجل بما يعجِّلُهُ المكاتَبُ، فلم يُعَجِّلْ، وأدّىٰ النجوم في مَحِلِّها، بَطَلَتِ الوصيةُ، ولا يجبرُ علىٰ التعجيل؛ لتنفيذِ[٣] الوصيَّةِ.

هـٰذا كُلُّه في الكتابة الصحيحة، أَمَّا إنْ كاتبَهُ كتابةً فاسدةً، ثم أوصىٰ برقَبَته؛ فإِنْ كان عالماً بفسادِ الكتابةِ، صحَّتِ الوصيةُ.

قال الصَّيدلانيُّ، وغيرُهُ: وتتضمَّن الوصية فسخَ الكتابة.

وإِنْ كان يظنُّ صِحَّتَها، فقولانِ.

أحدُهما: لا تصحُّ الوصيةُ؛ لأنه أوصىٰ مُعتقداً بطلانَ الوصية.

وأظهرُهما: تصِحُّ؛ اعتباراً بحقيقةِ الحالِ.

ومنهم مَنْ طَرَدَ القولَين فيما لو كان عالماً بفسادِ الكتابة؛ لأنَّ الفاسدةَ كالصحيحةِ في حصول العتق، وغيرِه، بخلافِ ما لو باع بيعاً فاسداً، ثم أوصىٰ بالمبيع، وهو عالمٌ بفساد البيع؛ فإنه يصحُّ قولاً واحداً؛ لأن البيع الفاسدَ ليس كالصحيح.

---

(١) في المطبوع: «وليأخذه».

(٢) في المطبوع: «فهل».

(٣) في (أ): «لتنفذ».

وأمَّا إذا أوصىٰ بالمبيعِ جاهلاً بفساد البيع، فهو علىٰ القولَين.

ولو باع المكاتَبَ كتابةً فاسدةً، أو المبيعَ بيعاً فاسِداً، أو وَهَبَ، أو رَهَنَ وهو جاهِلٌ بالفساد، فقيل: فيهِ القولانِ.

وقيل: يَبْطُلُ قطعاً، بخلاف الوصيَّة؛ لأنها تحتملُ الغَرَرَ.

والخلافُ في هـٰذا كُلِّه كالخلاف فيمن باع مالَ أبيه ظانّاً أنه حَيٌّ فكان ميتاً.

وفي معناها: ما إذا وكَّلَ رجلاً بشراءِ عبدٍ، ثم باعه وهو لا يعلمُ أَنَّ الوكيلَ اشتراه له، أو باعَ مالَ اليتيم وهو لا يعلمُ أَنَّ أباه جعلَه وصيّاً له، فبانَ أنه جعلَهُ.

الخامسَةُ: الوصيةُ بوضْعِ النجومِ عن المكاتَب صحيحةٌ معتبرةٌ من الثلُثِ.

فلو قال: ضَعُوا عنه ما عليه من النجوم، أو كِتابته، فمقتضاهُ وَضْعُ الجميعِ[1].

فلو قال: نَجْماً من نُجومه، فالاختيارُ للوارِث يضعُ ما شاءَ؛ أَقَلَّها، أو أكثرَها، أوَّلَها، أو آخِرَها، أو أوسَطَها.

وكذا لو قال: ضَعُوا عنه ما قَلَّ، أو كَثُرَ، أو ما خَفَّ وثَقُلَ.

ولو قال: ضَعُوا عنه ما شاء من نجومِ الكتابةِ، فشاءَ وضعَ الجميع، لم يوضَعِ الجميعُ؛ بل يبقىٰ أَقَلُّ ما يتموَّل؛ لأنَّ « مِنْ » للتبعيض.

ولو اقتصرَ علىٰ قوله: « ضعوا عنه ما شاءَ » فشاءَ الجميعَ، فقيل بوضْعِ الجميعِ. والصحيحُ المنصوصُ: أنه يبقىٰ شيء [١٣٥٦ / أ] كالصورة السابقة. ولو قـال: ضَعُوا عنه أكثرَ ما عليه، أو أكثرَ ما بقي عليه، وُضعَ نِصْفُ ما عليه وزيادةٌ، وتقديرُ الزيادةِ إلىٰ اختيارِ الوارثِ.

ولو قال: ضَعُوا عنه أكثرَ مِمَّا عليه، أو ما عليه، وأكثرَ، وضعَ عنه الجميع، ولغا ذكرُ الزيادة.

ولو كانت عليه نجومٌ مختلفةُ الأقدارِ والآجالِ، فقال: ضَعُوا عنه أكثرَ النجوم، أو أكبرَها، رُوعِيَ القَدْرُ.

---

(١) في المطبوع: « النجوم »، وفي (فتح العزيز: ١٣ / ٥٤٢): « الكُلّ ».

وإنْ قال: أطولَها أو أقصَرَها[١]، رُوعِيَتِ المدةُ.

وإنْ قال: أوسطَ النُّجوم، فهٰذا يحتملُ الأوسطَ في القَدْرِ، وفي الأجَلِ، وفي العَدد؛ فإنِ اختلفتِ النجومُ فيها جميعاً، فللورثة تعيينُ ما شاؤوا، فإنْ زعمَ المكَاتب أنه أراد غيرهم، حلَّفهم علىٰ نفي العلم.

وإنْ تساوَتْ في القَدْرِ والأجل، حُملت علىٰ العدد، فإذا كان العددُ وتراً، كالثلاثة والخمسة، فالأوسطُ واحد. وإنْ كان شَفْعاً، فالأوسطُ اثنانِ، كالثاني والثالث من أربعة، فيعيّنُ الوارث أحدَهما، هٰكذا قاله[٢] ابْنُ الصبَّاغِ، وغيرُهُ. ويجوزُ أَنْ يقالَ: الأوسطُ كلاهما، فيُوضَعانِ، وهٰذا مُقتضىٰ ما في « التهذيب »[٣].

فَرْعٌ: أَوصىٰ بكتابة عبدٍ بعدَ موته، فلم يَرْغَبِ العبدُ في الكتابة، تَعَذَّرَ تنفيذُ الوصيَّة، ولا يكاتبُ بَدَله آخَر، كما لو أوصىٰ لزيدٍ بمالٍ، فلم يقبَلْ، لا[٤] يصرفُ إلىٰ غيره.

وإنْ رَغِبَ؛ فإنْ خرجَ كُلُّهُ من الثُلثِ، كُوتِبَ.

ثُمَّ إنْ عيّنَ مال الكتابة، كُوتِبَ علىٰ ما عيَّنه، وإلاَّ، فعلىٰ ما جَرتْ به العادةُ. والعادةُ أَنْ يكاتبَ العبد علىٰ ما فوقَ قيمتِهِ.

وإنْ لم يَخْرُجْ كُلُّه من الثلُثِ، ولم[٥] يُجزِ الوارثُ، فقيلَ: كتابةُ القَدْرِ الذي يخرجُ من الثلُثِ يكونُ علىٰ الخلاف في كتابةِ بعضِ العبدِ، والمذهبُ أنه يكاتبُ ذٰلك القَدْر، ويصحُّ بلا خلاف، ولا يُبالىٰ بالتبعيضِ إذا أفضَتِ الوصيةُ إليه، وإذا كوتِبَ بعضُه، وأدَّىٰ النجومَ، عَتَقَ، وولاؤُه للموصِي، والباقي رقيقٌ.

وإن[٦] أجازَ الوارثُ كتابةَ كُلّه، وعَتَقَ بأداءِ النجوم، فولاءُ الجميع للموصِي إنْ جعلنا الإجازةَ تنفيذاً، وإلاَّ فولاءُ ما زادَ علىٰ القَدْرِ الخارجِ من الثلُثِ للوارِث.

---

(١) في المطبوع: « وأقصرها ».
(٢) في المطبوع: « قال ».
(٣) انظر: (التهذيب: ٨ / ٤٧٨).
(٤) في المطبوع: « فلا ».
(٥) في المطبوع: « فلم ».
(٦) في المطبوع: « فإن ».

ولو قال: كاتبوا أَحَدَ عبيدي، لم يكاتبْ أَمَة، ولا خُنثىٰ مُشْكل. وهل يكاتبُ خُنثىٰ ظهرت ذكورَتُهُ؟ فيه طريقان.

المذهب: نَعَمْ.

والثاني: قولانِ؛ لبُعدِه عن الفهم عند الإطلاق.

ولو قال: كاتبوا إحدىٰ إمائي، لم يكاتبِ المُشْكِل، فإنْ ظهرَتْ أنوثـتُها، فعلىٰ الطريقَين.

ولو قال: أَحَدَ رقيقي، جاز العبدُ والأمَةُ، وجازَ المُشْكِلُ علىٰ المشهور.

فَصْلٌ: وأمَّا تصرُّفاتُ المكاتَب، فهو كالحُرِّ في مُعظمها، فيبيعُ ويشتري، ويؤجرُ ويستأجرُ، ويأخذُ بالشُّفْعَةِ، ويقبلُ الهبةَ والوصيَّةَ، والصدقةَ، ويصطادُ، ويحتطبُ، ويؤدِّبُ عبيدَه؛ إصلاحاً للمال، كما يَفْصِدُهُمْ[1] ويَخْتِنُهُمْ.

وفي إقامتهِ الحدودَ عليهم خلافٌ، سبقَ في «الحدود».

ولو أَجَرَ نفسَه، أو عبيدَهُ، أو أموالَه، فعجَّزه السيدُ في المدة، انفسخَ العقدُ.

وقيل: لا يجوزُ أَنْ تزيد مدة الإجارةِ علىٰ مدة النجومِ.

ولا يصحُّ منه تصرُّفٌ فيه تبرُّعٌ، أو خَطَرٌ. هـٰذا هو القولُ الجُمليُّ فيه، وفي تفصيلِهِ صُوَرٌ.

إحداها: لا يصحُّ إعتاقُهُ، ولا إبراؤُه عن دَيْنٍ، ولا هِبتُهُ[2] مجّاناً، ولا بشرطِ الثوابِ، لأنَّ في قَدْرِ [١٣٥٦ / ب] الثوابِ خلافاً[3]، فقد يحكمُ القاضي بقليلٍ.

وإن شرطَ فيها ثواباً معلوماً، ولم يكن فيه غَبْنٌ وقلنا: هـٰذه الهبةُ بيعٌ، ولا يشترطُ في ثبوتِ المِلْك الإقباض، فهي جارية علىٰ قياس البيوع، وكذا إنْ شَرَطنا الإقباضَ، صحَّتِ الهبةُ، لـٰكن لا يسلّمها حتَّىٰ يقبضَ العِوَضَ.

---

(١) في المطبوع: «يقصدهم»، تصحيف. والفَصْدُ: هو شق العرق، واستخراج مقدارٍ من دمِ وريدٍ، بقصد التداوي.

(٢) في (ظ)، والمطبوع: «هبة»، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٥٤٤).

(٣) في (أ): «أقوالاً».

الثانيةُ: قال الشيخ أبو مُحمَّدٍ: لا يَحِلُّ له التبسُّطُ في الملابسِ، والمآكِلِ، ولا يكلّفُ فيها التقتيرَ المفرِط[1].

الثالثة: ليس له دفعُ المالِ إلىٰ غيره قِراضاً، لأنه قد يخونُ، أو يموتُ، فيضيعُ، وله أَنْ يأخذَهُ قِراضاً[2]؛ لأنه [نوع] اكتسابٍ[3]، وليس له أَنْ يُقرِضَ، وله أَنْ يقترِضَ، وليس له تعجيلُ دَين مؤجَّلٍ.

الرابعة: ليس له شراءُ أَحدٍ من أُصوله وفروعه؛ لتضمُّنِهِ العتقَ. فلو وهبَ له قريبه، أو أوصي له به، فإن لم يَقْدِرْ علىٰ الكسْب؛ لهرمٍ، أو زَمانة، وعَجْزٍ، وكان بحيثُ يلزمُه نفقتُهُ، لم يَجُزْ قَبولُه.

وقيل: يجوزُ قَبول الزَّمِنِ، وهو ضعيف.

وإنْ كان كَسوباً يقومُ بكفاية نفسِه، استحبّ قَبولُه؛ إذ لا ضررَ فيه، ثم لا يَعْتِقُ عليه؛ لضعفِ مِلْكه؛ بل يكاتب[4] عليه، فيعتِقُ بعتقه، ويَرِقُّ بِرقِّهِ، وليس له بيعُهُ.

وعن ابْنِ أبي هُريرةَ: أنه يجوزُ بيعُهُ. قال الشيخُ أبو عليٍّ: هٰذا غَلَطٌ، وتكون نفقته في كَسْبه، وما فَضَلَ، فللمكاتبِ أن يستعينَ به في أداءِ النجوم، فإنْ مرضَ أو عَجَزَ، أنفقَ المكاتبُ عليهِ، لأنه من صَلاح مِلْكه، فإن جنىٰ، بِيعَ في الجناية، وليس للمكاتَب أَنْ يفديَه، بخلافِ ما إذا جنىٰ عبدُه، لَه أن يفديَه؛ لأن الرقبةَ تبقىٰ له يصرِفُها في النجومِ.

الخامسةُ: ليس له الشراءُ بالمُحَاباة، ولا البيعُ بالغَبْنِ، ولا بالنسيئةِ. ولو استوثقَ برهنٍ وكفيلٍ، فلو باع ما يساوي مئةً بمئةٍ نقداً، أو مئة نسيئة، جاز.

ولو اشترىٰ نسيئةً بثمنِ النقدِ، جازَ، ولا يرهنُ به؛ لأنه قد يتلفُ الرهن، وإنِ اشتراه بثمن نسيئة، لم يَجُزْ، ذكره البغويُّ؛ لما فيه من التبرُّع، وذكر[5] الرُّوْيَانِيُّ في « جَمْع الجوامع »: أنه يجوزُ؛ إذ لا غَبْنَ. وقد سبقَ في « كتاب الرهن » حكايةُ

---

(١) انظر: (نهاية المطلب: ١٩ / ٤٤٤).
(٢) في المطبوع: « إقراضاً »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٥٤٥).
(٣) في المطبوع: « أكساب ».
(٤) في (ظ، أ): « يتكاتب »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٥٤٥).
(٥) في المطبوع: « وذكره ».

وجه: أن المكاتبَ كوليِّ الطفل في البيع نسيئةً، والرهنِ والارتهانِ، والصحيحُ الذي عليه الجمهورُ الفرْقُ.

السادسةُ: إذا باعَ، أو اشترىٰ، لم يسلّمْ ما في يده حتَّىٰ يتسلَّمَ العوضَ؛ لأن رفعَ اليد عن المالِ بلا عِوَض نوعُ غَرَرٍ، وكذا ليس له السَّلَم؛ لأنه يقتضي تسليمَ رأسِ المالِ في المجلس، وانتظارَ المُسْلَمِ فيه، لا سيَّما إن كان سَلَماً مؤجَّلاً. وقيل: يجوزُ السَّلَمُ حالاًّ، ويسلم رأس المال، ثم يتسلَّم المُسْلم فيه في المجلس.

وقيل: يجوزُ مُطلقاً بشرط الغِبطة، والصحيحُ: الأولُ.

السابعةُ: ليس له أن يكاتِبَ عبدَه، فلو كاتبَهُ، فأدَّىٰ المال، لم يَعْتِقْ؛ لأن تعليقَه غيرُ صحيح.

ولا يتزوَّجُ، ولا يزوّج عبدَه؛ لما فيه مِنَ المُؤَن.

ولا يتزوَّجُ المكاتبةَ؛ لأن ذٰلك ينقصها.

وله شراءُ الجواري للتجارة.

ولا يجوزُ له التسرِّي؛ خوفاً من هلاك الجارية في الطلْق، ولضعفِ المِلْك.

وقال الشيخ أبو محمد: لا يبعدُ إجراءُ الوجهَين في وطء مَنْ يُؤْمَنُ حَبَلُها، كما في المرهونةِ.

قال الإمامُ: هـٰذا غيرُ مَرْضِيٍّ[١].

الثامنة: إذا لزمَ المكاتَبَ [١٣٥٧ / أ] كفارةُ قتلٍ، أو ظِهارٍ، أو وَطْءٍ[٢] في نهار رمضانَ، أو يمينٍ، كفَّرَ بالصوم، دون المالِ؛ لأن مِلْكه ليس بتامٍّ[٣]، وهو مستحقٌّ لجهة الكتابة.

فَرْعٌ: جميعُ ما مَنَعْناه في هـٰذه الصوَر، مفروضٌ فيما إذا لم يأْذن له السيدُ، فإن أذِنَ فسنذكره عَقِيبه، إنْ شاءَ اللهُ تعالىٰ.

---

(١) انظر: (نهاية المطلب: ١٩ / ٤٤١).

(٢) في المطبوع: « أو وطئ ».

(٣) في (ظ)، والمطبوع: « بتمام »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٥٤٧).

فَرْعٌ: وصيَّةُ المكاتَب باطلة، سواء أوصىٰ بعَين، أو ثُلُث ماله؛ لأنَّ مِلْكَه غيرُ تامّ[١].

فَصْلٌ: تبرُّعاتُ المكاتَب وتصرُّفاته المُخْطِرَةُ[٢]، كالهِبة، والإبراءِ، والإنفاقِ علىٰ الأقارب، والإقراضِ، والقِراض والبيعِ بمُحَاباةٍ، وبنسيئة، وتَعجيلِ المؤجَّل، ونحوِها، إنْ جرَتْ بإذنِ السيدِ، فمنقولُ المُزَنيِّ، والمنصوصُ في « الأم »: صِحَّتها.

ونقلَ الرَّبيعُ[٣] قولاً آخر بالمنع، ونصّ أَنَّ اختلاعَ المكاتَبة[٤] بالإذنِ لا يجوز، فقال الجمهورُ: في الجميعِ قولانِ.

أظهرهما: الصحةُ.

وقيل: يصِحُّ ما سوىٰ الخُلع قطعاً، ولا يصحُّ هو.

وعن ابن سَلَمَةَ: القطعُ بصحّةِ الخُلْعِ أيضاً.

ولو وهبَ للسيدِ أو لابنه الصغيرِ، فَقَبِلَ له السيدُ، أو أقرضَه، أو باعَه نسيئةً، أو بمُحاباةٍ، أو عجَّلَ لَه دَيْناً مؤجَّلاً غير النجوم، فالمذهبُ أنه علىٰ الخلاف فيما إذا وهبَ لغيره بإذنه.

وقيل: يَصِحُّ قطعاً، واختاره الشيخُ أبو محمد؛ لأن للمكاتَب أن يُعَجِّزَ نفسَه، فيجعل جميع ما في يدهِ لسيدهِ، فجوازُ الهِبَةِ أَوْلىٰ.

ولو وهبَ بإذنِ السيدِ، فرجعَ عن الإذنِ قبلَ إقباضِ الموهوبِ، لم يكن له إقباضُهُ.

ولو اشترىٰ قريبَه بإذنِ السيدِ، ففي صحتِهِ القولانِ في الهبة؛ فإنْ صحَّحناه، يكاتب عليه.

---

(١) في المطبوع: « تمام ».

(٢) في المطبوع: « المحظرة ».

(٣) هو الربيعُ بن سليمان المرادي، وهو المرادُ حيث أطلق في كتب المذهب. انظر: (تهذيب الأسماء واللغات: ١ / ٤٥٦ ـ ٤٥٧).

(٤) في (ظ)، والمطبوع: « المكاتب »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٥٤٨).



وعن أبي إسحاقَ[١]: القطعُ بالصحَّة؛ لأنه قد يستفيدُ مِنْ أَكْسابه، وفيه صلةُ الرحمِ.

ولو أعتقَ المكاتَبُ عبدَه عن سيدِهِ، أو عن غيرِه بإذنِهِ، فهو كتبرُّعِهِ بالإذنِ.

ولو أعتقَهُ[٢] عن نفسِه بإذنِ السيدِ، لا يصحُّ علىٰ المذهب؛ لتضمُّنِهِ الولاءَ، والمكاتَبُ ليس أهلاً لثبوتِ الوَلاء [له]، كالقِنِّ؛ فإِنْ صحَّحناه، فلمن يكونُ ولاءُ العتيقِ؟ قولان.

أحدهما: للسيدِ؛ لأن المكاتَبَ ليس أهلاً للوَلاء، ووقْفُ الوَلاءِ بعيدٌ.

وأظهرهما: يوقَفُ؛ لأَنَّ الولاءَ لمن أَعْتَقَ، والسيدُ لم يعتقْ، فإِنْ عتقَ المكاتَب، كان له، وإنْ مات رقيقاً، كان لسيدِهِ.

وإنْ عجَّزه، ورَقَّ، فحكىٰ الإمامُ[٣]: أنه يبقىٰ التوقُّف؛ لأنه يُرجىٰ عتقه من جهة أخرىٰ.

والصحيحُ الذي قطع به الأصحاب أَنْ يكونَ للسيدِ بلا توقُّف؛ لانقطاعِ الكتابة.

فإِنْ جَعَلْنا الولاءَ للسيد، فعتقَ المكاتب بعد ذٰلك، ففي انجرار الولاء إليه وجهان، حكاهما أبو عليٍّ الطبريُّ، وصاحبُ « التقريب »[٤].

أصحُّهما: المنعُ، وكأنَّ السيدَ أعتقَهُ.

وإِنْ قلنا بالتوقُّفِ، فماتَ العتيقُ قبل موتِ المكاتبِ وعَوْدِهِ إلىٰ الرقِّ، فهل يوقَفُ الميراثُ أيضاً، أم يكونُ للسيدِ، أم لبيتِ المال؟ أقوالٌ.

أظهرُها: الأولُ.

ولو كاتبَ المكاتبُ عبدَه بإذنِ السيدِ، فهو كتنجيز العتقِ، نصَّ عليه في « المختصر »، وقاله الأصحابُ، فيعودُ الطريقانِ في صحة الكتابة، والقولانِ في

---

(١) هو أبو إسحاق المَرْوَزِيُّ، وهو المرادُ حيث أطلق في كتب المذهب. انظر: (تهذيب الأسماء واللغات: ٢ / ٣٧٥ ـ ٣٧٦).

(٢) في المطبوع: « أعتق ».

(٣) انظر: (نهاية المطلب: ١٩ / ٤٤٥).

(٤) صاحبُ التقريب: هو أبو الحسن، القاسم بن القفَّال الشاشي الكبير.

الولاءِ؛ تفريعاً على الصحَّة إذا عتقَ المكاتَب الثاني قبلَ الأولِ، وإن عتقَ الأول، ثم الثاني، فولاءُ الثاني للأولِ.

وفي نكاحِ المكاتَبِ بإذنِ سيِّدِهِ(١) طريقان.

أحدهما: قولانِ، كتبرُّعِهِ؛ لأنه يبذلُ المهرَ والنفقةَ لا في مقابلةِ مالٍ.

والثاني [١٣٥٧ / ب] وهو المذهبُ عند الجمهور: القطعُ بالصحَّة؛ لأنه إذا صحَّ نكاحُ القِنِّ بالإذنِ، فالمكاتَبُ أَوْلىٰ؛ لأنه أحسَنُ حالاً منه، ولأنه يحتاجُ إليه؛ للتحصينِ وغيرِهِ، بخلاف الهِبة، ونحوها.

وتزويجُ المكاتَبة بإذنِها صحيح على الصحيح.

وقال القَفَّالُ: لا تزوَّجُ أصلاً؛ لضعفِ ملكِ السيدِ ونَقْصِها، فلا يؤثِّرُ إذنُها.

ولو أذنَ السيدُ للمكاتَب في التسرِّي بجارية، لم يصحَّ على المذهب.

ولو أذنَ له في التكفير بالإطعامِ، أو بالكُسْوة، فقولانِ.

ولو أذنَ في التكفير بالإعتاقِ، لم يُجْزِئهُ على المذهبِ.

فَرْعٌ: اشترىٰ المكاتَب مَنْ يَعْتِقُ علىٰ سيده، أو أوصي له به، فَقَبِلَ، صَحَّ، وَمَلَكَه المكاتَبُ. فإن رَقَّ المكاتبُ، صار القريبُ للسيدِ، وعَتَقَ عليه.

ولو اشترىٰ بعضَه، أو اتَّهبه، أو قَبِلَ الوصيةَ به، صَحَّ أيضاً.

وإذا رَقَّ، عَتقَ ذلك الشِّقْص علىٰ السيدِ. وهل يَسْري إلىٰ الباقي؟ إنْ كان السيدُ موسِراً، ينظرُ:

إنْ عَجَّزَ المكاتَبُ نفسَه بغيرِ اختيارِ السيدِ، لم يَسْرِ، كما لو ورثَ بعض قريبه.

وإنْ عَجَّزَهُ السيدُ، فوجهانِ؛ لأن المقصودَ فسخُ الكتابة، والملكُ يحصلُ قَهْراً.

ولو اتَّهبَ [العبدُ] القِنُّ مَنْ يَعْتِقُ علىٰ سيدِهِ بغيرِ إذنِهِ(٢)، بُنِيَ علىٰ أَنَّ اتهابَهُ بغيرِ إذنِ السيدِ، هل ينفذُ؟ وفيه خلافٌ سبق؛ إنْ قلنا: لا، فلا كلامَ.

---

(١) في المطبوع: « السيد ».

(٢) في المطبوع: « إذن ».



وإنْ قلنا: نَعَمْ، وهو الصحيحُ، فإنْ خِيفَ وجوبُ النفقةِ على السيدِ في الحالِ؛ بِأَن[١] اتهبَ زَمِناً، والسيدُ موسِرٌ، لم يصحَّ قَبولُهُ؛ لأنَّ فيه إضراراً بالسيدِ.

وإنْ لم تَجبِ النفقةُ في الحالِ؛ لكونِ القريبِ كَسُوباً، أو السيدِ فقيراً، صَحَّ القَبولُ، وعَتَقَ الموهوبُ على السيدِ.

ولو اتهبَ بعض مَنْ يَعْتِقُ على السيد بغيرِ إذنه، وصحَّحْنا اتهابَهُ بغير إذنه، ولم يتعلَّقْ به لزومُ النفقة، صَحَّ القبولُ على الأظهر، ولا يَسْري؛ لحُصولِ المِلك قَهْراً.

والثاني: لا يصِحُّ.

قال الشيخ أبو عليٍّ[٢]: وخرَّجَ ابْنُ سُرَيْجٍ على هٰذين القولَين، ما إذا اشترى المريضُ أباه بألفٍ، لا يملكُ غيرَه، وعليه دَين مستغرِق، ففي قولٍ: لا يصحُّ الشراءُ؛ لأنه لو صَحَّ، لعتقَ، وبَطَلَ حَقُّ الغُرَماء.

وفي الثاني: يَصِحُّ، ولا يعتقُ، ويباعُ في دُيونهم.

وفي «الوسيط» وجه: أنه[٣] يصِحُّ، ويَعْتِقُ، ويَسْري، ويجعلُ اختيار العبدِ كاختياره، كما جعلَ قَبوله كقَبوله. ولم أجِدْ هٰذا الوجه في «النهاية»[٤].

وإذا صحَّحنا اتهابَ القِنِّ بغيرِ إذنِ سيدِهِ، دخلَ الموهوبُ في مِلْكِ السيدِ قَهْراً، كما لو احتطبَ. وهل للسيدِ ردُّهُ بعد قَبولِ العبدِ[٥]؟ وجهانِ.

أحدهما: نَعَمْ؛ لأنَ[٦] تمليك الرَّشِيدِ قَهْراً، بَعيدٌ.

وأصحُّهما: المنعُ، كالمِلْك بالاحتطابِ، فعلى الأولِ: هل ينقطعُ ملكُهُ من وقتِ الردِّ، أم يتبيَّنُ أنه لم يدخُلْ في مِلْكِه؟ وجهانِ، وفائدتُهما: لو كان الموهوبُ عبداً، ووقعَ هلالُ شَوَّالٍ بين قَبولِ العبدِ وردِّ السيدِ في الفِطْرَةِ.

---

(١) في (ظ)، والمطبوع: «فإن»، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٥٥٢).

(٢) هو الشيخ أبو عليٍّ السِّنْجِيُّ، الحُسَين بن شُعَيب.

(٣) في المطبوع: «أَنْ».

(٤) وهٰذا عجيب فإنه قد جزم به في كتاب العتق (حاشية فتح العزيز: ١٣ / ٥٥٣).

(٥) في المطبوع: «السيد»، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٥٥٣).

(٦) في (ظ): «لأنه».

فَرْعٌ: وهبَ للمكاتب[١] بعض ابنه، فقبِلَهُ، وصحَّحنا قَبولَه، فَعَتَقَ المكاتَبُ، عَتَقَ [عليه] ذٰلك الشِّقْصُ. وهل يقوِّمُ الباقي عليه إنْ كان موسِراً ؟ وجهان.

أصحُّهما: نَعَمْ، قاله ابْنُ الحدَّادِ، وصحَّحه الشيخُ أبو عليٍّ، ومنعَه القَفَّالُ.

فَرْعٌ: اشترىٰ المكاتَبُ ابنَ سيدِهِ، ثمَّ باعه بأبي السيدِ، صَحَّ، وملكَ الأب، فإن رَقَّ المكاتَبُ، صار الأبُ مِلكاً للسيدِ، وعَتَقَ عليه، فإن وجدَ به عَيباً، لم يكن له الردُّ، وله الأَرْشُ، وهو جُزْءٌ من الثمن، فإنْ نقصَ العيبُ[٢] [١٣٥٨ / أ] عُشْرَ قيمةِ الأبِ، رجعَ بعُشْرِ الابنِ الذي هو الثمن، ويَعْتِقُ ذٰلك العُشر، ولا يقوَّم الباقي علىٰ السيد إنْ كان المكاتَبُ عَجَّزَ نفسه، وكذا إنْ عَجَّزه سيدُه علىٰ الأصحِّ.

فَرْعٌ: ذكرنا أنه لا يجوزُ للمكاتَب وطءُ أَمَتِهِ بغيرِ إذنِ سيدِهِ، ولا بإذنِهِ علىٰ المذهب. فلو وَطئ، فلا حَدَّ، ولا مَهْرَ؛ لأنه لو ثبتَ مهرٌ، لكان له، فإنْ أولَدَها، فالولَد نسيبٌ، فإنْ ولدَتْه وهو مكاتَبٌ بَعْدُ، فهو مِلْكُه؛ لأنه وَلَدُ أَمَتِهِ، لٰكن لا يملكُ بيعَه؛ لأنه ولَدُهُ، ولا يَعْتِقُ عليه؛ لضعفِ مِلْكه؛ بل يتوقَّفُ عتقُهُ علىٰ عِتْقِ المكاتَب، إنْ عَتَقَ، عَتَقَ، وإلاَّ، رَقَّ، وصارَ للسيد، ولا تصيرُ الأَمةُ مستولدةً له في الحال علىٰ المذهبِ؛ لأنها عَلِقَتْ بمملوك، فأشبهتِ الأمةَ المنكوحةَ.

وحَقُّ الحرِّية للولدِ لم يثبُتْ بالاستيلادِ في المِلْك؛ بل لمصيرِهِ مِلْكاً لأبيهِ، كما لو ملكَهُ بهبةٍ، فإنْ عَتَقَ، ففي مصيرِها أُمَّ ولدٍ قولان.

فإن قلنا: يثبُتُ الاستيلادُ في الحال، فإنْ عَتَقَ المكاتبُ، استقرَّ الاستيلادُ، وإنْ عجزَ، رَقَّتْ مع الولد للسيدِ، فإنْ عَتَقَ المكاتب بعدَ ذٰلك، وملَكَها، لم تَصِرْ مستولدةً [له]؛ لأن بالعَجْزِ تبينَ أنها عَلِقَتْ برقيقٍ، وأنه[٣] لا استيلادَ.

وإنْ قلنا: لا يثبُتُ، فَإنْ عجزَ، ثم عَتَقَ، وملَكَها، لم تَصِرْ مُستولدةً له، وإنْ عَتَقَ[٤] بأداءِ النجومِ، فكذٰلك علىٰ المذهب.

---

(١) في (ظ)، والمطبوع: « المكاتب ».
(٢) في المطبوع: « العين »، تحريف.
(٣) في المطبوع: « وأَنْ ».
(٤) في المطبوع: « أعتق ».

وقال أبو إسحاقَ: قَولانِ، كما لو استولدَ مرهونَتَهُ، وبِيعَتْ، ثم مَلَكَها، والفرقُ: أَنَّ العُلوقَ هنا بمَمْلوكٍ.

هٰذا كلُّهُ إذا ولدَتْ وهو بعدُ مكاتَبٌ، فإن ولدَتْ بعد عتقِهِ، فإنْ كان لدونِ ستةِ أشهرٍ من حين العتقِ، فكذٰلك الحكمُ؛ لأنَّ العُلوقَ وقعَ في الرِّقِّ، وإنْ كان لستةِ [أشهر][1] فأكثرَ مِنْ يومئذٍ، فقد أطلقَ الشافعي رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أنها تصيرُ مُستولدةً.

وللأصحاب طريقَانِ.

أصحُّهما: أَنَّ هٰذا إذا وطئَ بعدَ الحريةِ، وولدَتْ لستةِ أشهرٍ فصاعداً مِنْ حينِ الوطء، لظهور العُلوق بعدَ الحرِّية والولدُ والحالةُ هٰذه لا وَلاءَ عليه إلَّا بالوَلاءِ علىٰ أَبيه، ولا ينظرُ إلىٰ احتمالِ العُلُوق في الرقِّ؛ تغليباً للحرِّية.

فأما إذا لم يطَأْها بعد الحرِّية، فالاستيلادُ علىٰ الخلافِ.

والثاني: يثبتُ الاستيلاد؛ وَطئَ بعدَ الحُرِّية أَمْ لا؛ لأنها كانت فِراشاً قبلَ الحرِّية، والفِراشُ مُستدامٌ بعدَها، وإمكانُ العُلُوقِ بعدَها قائم، فيكتفىٰ به.

الحكمُ الرابعُ: في وَلَدِ المكاتَبة:

فإذا كاتبَ أمَةً لها ولدٌ، فالولدُ باقٍ علىٰ ملكِ السيدِ، فإنْ شَرَطَا[2] دخولَه في عقدِ الكتابةِ، فَسَدَتْ، فإنْ أدَّت، عَتَقَ الولدُ أيضاً بموجبِ التعليقِ.

وإنْ كان في يدِها مال، وشرطا[3] أَنْ يكونَ المالُ لها، فهو جمعٌ بين البيعِ والكتَابةِ بعوَضٍ واحدٍ.

وإنْ كاتبَ[4] حاملاً، وتيقَّنَّا الحَمْلَ بانفصالِهِ لدونِ ستةِ أشهرٍ؛ فإن قلنا: الحَمْلُ لا يعرفُ، فهو كالولدِ الحادِث بعد الكتابةِ، وسنذكرُهُ إنْ شاءَ اللهُ تعالىٰ قريباً.

وإنْ[5] قلنا: يعرفُ، فوجهانِ.

---

(١) ما بين حاصرتين من المطبوع.
(٢) في (ظ)، والمطبوع: « شرط »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٥٥٦).
(٣) في المطبوع: « وشرط ».
(٤) في المطبوع: « كانت ».
(٥) في المطبوع: « فإن ».

أصحُّهما: أَنَّ عقدَ الكتابةِ متوجّهٌ[١] إليهما، فإذا عَتَقَتْ، عَتَقَ.

والثاني: لا يثبتُ للولدِ كتابة.

وإنْ حدَثَ الولدُ بعد الكتابة، فإنْ كان من السيد، فسيأتي حكمُهُ، إنْ شاءَ اللهُ تعالىٰ.

وإنْ كان من أجنبيٍّ بزناً، أو نكاحٍ، فهل تثبتُ[٢] له الكتابةُ ؟ قولانِ.

أظهرهما وأحبُّهما إلىٰ الشافعيِّ رضي الله عنه، وهو نصُّه في « المختصر »: تثبتُ، فيعتِقُ بِعِتْقِ الأم [١٣٥٨ / ب] بالأداءِ، أو الإبراءِ، أو الإعتاقِ.

وقطع أبو إسحاقَ بهٰذا القول، وقال: إذا اختاره الشافعي رَحِمَهُ ٱللَّهُ كان الآخرُ ساقطاً.

واتفق الأصحابُ علىٰ أنه لا يدخُلُ في الكتابة، ولا يطالبه بشيءٍ من النجوم؛ لأنه لم يوجَدْ منه التزامٌ.

ولو عَجَزَت المكاتبةُ، أو ماتت، بَطَلَتِ الكتابةُ، وكان الولدُ رقيقاً للسيدِ بلا خلاف.

ولو فسختِ الكتابة، ثم عَتَقَتْ، لم يَعْتِقِ الولَدُ قطعاً؛ لأنه إنما يَعْتِقُ بعتقِها؛ لجهة[٣] الكتابة، فإن قلنا: لا يثبتُ للولد[٤] حكمُ الكتابة، فهو قِنٌّ، للسيدِ بيعُهُ، وإعتاقُهُ عن الكفَّارة، والوطءُ إنْ كان الولَدُ أمَةً، ولا يَعْتِقُ بعتْقِ الأُمِّ.

وإن قلنا: يثبتُ، فحقُّ المِلْك فيه لمَنْ هو ؟ فيه قولانِ.

أظهرُهما عند الشافعيِّ، رضيَ الله عنه: أنه للسيِّد، كما أَنَّ حقَّ المِلْكِ في الأم له، وكَوَلَدِ أُمِّ الوَلَد.

والثاني: أنه للمكاتَبة؛ لأنه يَتَكاتَبُ عليها، ولأنه لو كان للسيدِ لما عَتَقَ بعتقها. ويتفرَّعُ علىٰ القولَين صُوَرٌ.

---

(١) في (ظ)، والمطبوع: « متوجهة ».
(٢) في المطبوع: « ثبتت ».
(٣) في (أ): « بجهة »، وفي المطبوع: « الجهة ».
(٤) في المطبوع: « الولد ».

منها: إذا قُتِلَ الولَدُ، فعلىٰ القولِ الأولِ: القيمةُ للسيد، وعلىٰ الثاني: للمكاتَبة(١).

وقيل: للسيدِ أيضاً.

ومنها: كَسْبُ الولدِ، وأَرْشُ الجِناية علىٰ أطرافِهِ، ومَهْرُ وطءِ الشُّبهة؛ إنْ قلنا بالقولِ الثانِي: فهي للأمِّ تستعين(٢) بها في كتابتها، ويصرف ما يحصلُ إليها يوماً يوماً بلا توقُّفٍ.

وإنْ قلنا بالأول، فوجهان.

أحدهما: يصرفُ إلىٰ السيدِ بلا توقُّف، كما تصرفُ إليه القيمة.

والصحيح: التوقُّفُ؛ فإنْ عَتَقَتْ، وعَتَقَ الولَدُ، فهي له، وإلَّا، فللسيدِ. فلو أَرَقَّتْ نفسَها مع القُدرة علىٰ أداءِ النجوم، فقال الولدُ: أنا أؤدي نجومَها من كسبي لتعتِقَ، فأعتقَ.

قال الإمامُ(٣): لا يمكَّنُ منه؛ لأنه تابعٌ، لا اختيارَ له في العِتقِ.

وإن عجزَتْ، فأرادَتْ أَنْ تأخذَ من كسبِ وَلدها الموقوفِ، وتستعينَ به في أداء النجُوم، فهل تُجابُ؟ قولان.

أظهرُهما: المنعُ؛ إذْ لا حَقَّ لها في كسْبِهِ، فإنْ ماتَ الولدُ في مدَّة التوقُّف، صرفَ الموقوفُ إلىٰ السيدِ.

ومنها: نفقَةُ الولَدِ، وهي علىٰ السيدِ، إنْ قلنا: يصرفُ الكسبُ إليه في الحال.

وإن قلنا: يوقَفُ، أنفقَ عليه من كَسْبه، ويعالجُ جُرحه، ويكفي مؤناته، فما فَضَلَ فهو الذي يوقَفُ، فإنْ لم يكن له كسبٌ، أو لم يَفِ بالنفقةِ، فالنفقةُ علىٰ السيدِ علىٰ الأصحِّ؛ لأن المِلْكَ له.

وقيل: في بيتِ المال؛ لأن تكليفَه النفقةَ بلا كسْبٍ إجحافٌ به.

---

(١) في المطبوع: « للمكاتب »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٥٥٨).

(٢) في المطبوع: « يستعين ».

(٣) انظر: (نهاية المطلب: ١٩ / ٤٢٢).

وإن قلنا : الكسبُ للأُمِّ ، فالنفقةُ عليها .

ومنها: لو أعتقَ السيدُ الوَلَدَ ، فإنْ قلنا : الملكُ له ، وإنَّ الكسْبَ يصرفُ إليه في الحالِ ، أو قلنا : يوقَفُ ومَنَعْناها من أخذِهِ ؛ لأداءِ النجوم ، نفذَ إعتاقه .

وإنْ جوَّزْنا لها الاستعانةَ بالموقوفِ ، لم يَنْفُذْ إعتاقُهُ علىٰ الأصحِّ ؛ لئلَّا ينقطعَ حقُّها مِنْ كَسْبه . وإنْ قلنا : المِلك لها ، لم يَنْفُذْ إعتاقُهُ .

فَرْعٌ: لو رَقَّ [الولد] بِرِقِّ الأُمِّ ، فكسْبُهُ للسيدِ ، سواءٌ قلنا : المِلكُ فيه للسيدِ ، أم للأم .

فَرْعٌ: وَلَدُ المكاتَب من جاريتِهِ ، حَقُّ الملكِ فيه للمكاتَب قطعاً ، فيصرف كسبهُ إليه ، ولا ينفذُ إعتاقُ السيد فيه ، ونفقتُهُ علىٰ المكاتَب ؛ لأنه وَلَدُ أَمَتِهِ ، وهي مِلْكُهُ .

ولو ولدَتْ أمتُهُ من نكاح ، أو زِناً ، فهم عبيدُهُ كسائِرِ أكسابه ، فكذا هـٰذا الولدُ ، إلَّا أنه لا يتبعُهُ ؛ بل يَتَـكاتَبُ عليه بالقَرابة ، فَيَعْتِقُ بعتقِهِ ، ويَرِقُّ بِرِقّهِ .

وإذا عَتَقَ المكاتَبُ ، وتبعَهُ هـٰذا الولدُ ، وله كسْبٌ ، فكسْبُهُ للمكاتَب ، لا للولدِ .

ولو جنىٰ هـٰذا الولدُ ، وتعلَّقَ الأرْشُ [١٣٥٩ / أ] برقَبته ، فقد حكىٰ الإمامُ[١] عن العِراقِيين : أنه إنْ كان له كسْبٌ ، فله[٢] أن يفدِيَه من كسْبِه ، وإلَّا ، فله أَنْ يبيعَه كُلَّهُ ـ وإنْ زادَ علىٰ قَدْرِ الأرْشِ ـ ثم يَصْرِفَ قَدْر الأَرْشِ إلىٰ المجنيِّ عليه ، ويأخذَ الباقي .

ثم غَلَّطَ الإمامُ مَنْ صار إليه ، وقال : الصحيحُ أنه لا يفدي ولدَه ؛ لأنّ كسْبَ الولدِ كسائرِ أموالِ المكاتَب ، والفداءُ كالشراءِ ، وليس له صرفُ المالِ الذي يملكُ التصرُّف فيه إلىٰ غَرَضِ ولدِهِ الذي لا يملكُ التصرُّفَ فيه ؛ لأنه تبرُّعٌ .

قال : والصحيح أنه إن باع ، لا يبيعُ إلّا قَدْرَ الأَرْشِ ، كما لا يباعُ من المرهون ـ إذا جَنىٰ ـ إلا قَدْرُ الأَرْشِ .

وإذا فداه ، لا ينفذُ تصرُّفه فيه ؛ بل يَتَـكاتَبُ عليه ، كما لا ينفذُ إذا اشتراه .

---

(١) انظر : (نهاية المطلب : ١٩ / ٤٢٥ ـ ٤٢٦) .

(٢) الضميرُ يعود علىٰ الأب المكاتب (حاشية نهاية المطلب : ١٩ / ٤٢٥) .

وولدُ المكاتَبة من عبدها يشبهُ أَنْ يكون كولَد المكاتَب من جاريته.

فَرْعٌ: اختلفَ السيدُ والمكاتَبَةُ[١] في ولدِها، وقال: ولدته قبلَ الكتابة، فهو رقيقٌ، وقالت: بعدَها، وقد تكاتَبَ؛ تفريعاً علىٰ الأظهر، وكُلٌّ واحدٍ من الأمرَين محتمل؛ فإنْ كان بَـيِّنة، قُضِي بها.

قال البغويُّ[٢]: ولو أقام السيدُ أربعَ نسوةٍ، قبِلْنَ؛ لأنها شهادةٌ علىٰ الولادة، ويثبتُ المِلكُ ضِمناً.

وإنْ أقاما بَـيِّنتين، تعارضَتا.

وإن لم يكن بَـيِّنةٌ، صُدِّقَ السيدُ بيمينه؛ لأنه اختلافٌ في وقتِ الكتابةِ، فصدِّقَ فيه، كأصلها.

فَرْعٌ: زوَّجَ عبدَه بأَمَتِهِ، ثم كاتَبَهُ، ثم باعَها له، وولدَتْ، فقال السيدُ: ولدت قبلَ الكتابةِ، فهو قِنٌّ لي. وقال المكاتَبُ: بعدَ الشراء، وقد تكاتَبَ، صُدِّقَ المُكاتَبُ بيمينِهِ، بخلافِ ما سبقَ في الفرع قبلَهُ؛ لأن المكاتَبَ هنا يدَّعي مِلْكَ الولد، كما سبقَ أَنَّ وَلَدَ أَمَتِهِ مِلْكُهُ، ويَدُهُ مُقَرَّةٌ علىٰ هـٰذا الولدِ، وهي تَدُلُّ علىٰ المِلْكِ والمكاتَبَةُ هناك لا تدَّعي الملكَ؛ بل تدَّعي ثبوتَ حكمِ الكتابةِ فيه.

فَرْعٌ: حكىٰ الصَّيدلانيُّ: أَنَّ الشافعيَّ رحمَهُ الله قال: لو أَتَتِ المكاتَبَةُ بولدَين، أحدُهما: قبلَ الكِتابة، والآخرُ: بعدَها، فهما للسيِّدِ؛ لأنه حَمْلٌ واحد، وكذا لو أَتَتْ بأحدِهما لدونِ ستةِ أشهرٍ مِنْ حينِ مِلْكها، وبالآخَر لأكثرَ، فهما للسيِّدِ، وأَنَّ أبا زيد[٣] أفتَىٰ بذٰلك، والصحيحُ أنَّ كلامَ الشافعيِّ مُؤَولٌ، وأَنَّ الحَمْلَ يتبعُ الأمَّ في البيعِ كيف كان، حتَّىٰ لو وضعَتْ ولداً، وفي بطنها آخَرُ، فباعها، فالولدُ الثاني مَبيعٌ معها، والأولُ للبائِعِ، وهـٰذا ما ذكره البغويُّ[٤].

فَصْلٌ: السيدُ ممنوعٌ من وطءِ المكاتَبة؛ لاختلالِ مِلْكه، فإنْ شرطَ في الكتابة أَنْ

---

(١) في (ظ)، والمطبوع: « المكاتب »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٥٦٠).
(٢) انظر: (التهذيب: ٨ / ٤٤٨).
(٣) هو الشيخُ أبو زيد المَرْوَزِيُّ، محمد بن أحمد. سلفت ترجمته.
(٤) انظر: (التهذيب: ٨ / ٤٤٨).

يطأَها، فَسَدَ العقدُ، فإنْ وَطِئ، فلا حَدَّ ـ وإن علمَ التحريم ـ للشُّبهة.

وفي قول: يُحَدُّ العالِمُ، والمشهورُ: الأولُ؛ لـٰكن يعزَّرُ علىٰ الصحيح، هو وهيَ.

ويجبُ المهرُ مع العلمِ والجهلِ.

وقيل: إن طاوعَتْهُ، فلا مهرَ، والصحيحُ: الأولُ، وهو نصُّه في « الأم ».

وإذا وجبَ المهرُ، فلها أخذُهُ في الحال، فإنْ حَلَّ عليها نَجْمٌ، وهما من جنسٍ، فعلىٰ أقوالِ التقاصِّ.

وإن عَجَزَتْ قبل أخذِهِ، سقطَ.

وإنْ عَتَقَتْ بالأداءِ، فلها المطالبةُ.

ولو أَوْلدَها، فالولدُ حُرٌّ؛ لأنها عَلِقَتْ به في مِلْكه، وتصيرُ مستولَدةً. وهل يلزمُهُ قيمةُ الولَدِ؟ إنْ قلنا: وَلَدُ المكاتَبة قِنٌّ للسيد، أو قلنا: يَتَكاتَبُ، وحَقُّ الملكِ فيه للسيدِ، فلا شيءَ عليه، كما لو قتلَ ولد المكاتَبة.

وإن قلنا: الحقُّ لها، لزمَهُ لها القيمةُ، فإنْ عَجَزَتْ قبل الأخذ، سَقَطَتْ، وإنْ عَتَقَتْ، أخذَتْها، وإنْ ولدَتْ بعدما عَجَزَتْ، ورَقَّتْ، فلا شيءَ لها [١٣٥٩ / ب]، وكذا لو ولدَتْ بعد ما عَتَقَتْ، فإنْ عَجَزَتْ، ثم ماتَ السيدُ، عَتَقَتْ بالاستيلادِ، والأولادُ الحادثون بعد الاستيلاد من نكاحٍ أو زنًى، يَتْبعونها، والحاصلون قبله[١]، أرقَّاءُ للسيدِ.

وإن ماتَ السيدُ قبل عجزِها، عَتَقَتْ. قال البَغَويُّ[٢]: ويتبعُها كسبُها. وهل يَعْتِقُ عن الكتابة، أم عنِ الاستيلادِ؟ وجهانِ.

أصحُّهما: الأولُ، كما لو أعتقَ السيدُ المكاتَب، أو ابرأه عن النجوم، فعلىٰ هـٰذا: الأولادُ الحادثون بعد الكتابةِ وقبلَ الاستيلادِ، هل يَتبعونها؟ فيه الخلافُ السابق.

---

(١) في المطبوع: « قبلها ».
(٢) انظر: (التهذيب: ٨ / ٤٤٣).

وأجريَ هٰذا الخلافُ فيما لو علّقَ عتق المكاتَب بصِفَةٍ، فوجدَتْ قبلَ أداء النجومِ، وفيما إذا تقدمَ الاستيلاد علىٰ الكتابة.

قال البغويُّ[1]: وإذا استولدَ، ثم كاتبَ، وأدَّت النجوم، فالكسبُ الحاصلُ بعد الكتابة يتبعُها، والحاصل قبلَها للسيدِ، والأولادُ الحاصِلون بعد الاستيلاد يتبعونها، وهٰذا مبنيٌّ علىٰ صحةِ كتابةِ المستولَدَة، وقد سبقَ فيه خلافٌ.

فَرْعٌ: ليس للسيدِ وطءُ أَمَةِ مُكاتَبِهِ، أو مُكاتَبَتِهِ، فإن وطئَ، فلا حَدَّ؛ للشُّبهة؛ لأنه يملكُ سيدَها، ويلزمُهُ المهرُ للمكاتَب.

وإنْ أولدَها، فالولدُ حُرٌّ نسيبٌ، وتصيرُ الأمَةُ مستولَدةً له. قال في «الشامل»[2]: ويلزمُهُ[3] قيمتُها لسيِّدها؛ لأنها مِلْكُهُ، ولا يلزمُهُ قيمةُ الولَد؛ لأنها وضعَتْهُ في مِلْكه، ويجيء فيه الخلافُ السابقُ.

وللسيدِ وطءُ بنتِ المكاتَبَة إن لم يثبُتْ حكمُ الكتابة في وَلَدِ المكاتَبة؛ فإنْ أثبتْناه، فليس له وطؤها، ولٰكنْ لا حَدَّ عليه.

وأمَّا المهرُ، فَيُبنىٰ علىٰ الخلاف في الكَسْبِ؛ إنْ قلنا: يصرفُ إلىٰ السيدِ في الحال، فلا مَهْرَ عليه.

وإنْ قلنا: هو للأمِّ، فكذا المهر.

وإنْ قلنا بالتوقُّف، أنفقَ منه عليها، ووقفَ الباقي، فإنْ عَتَقَتْ بعتقِ الأم، فهو لها، وإنْ عَجَزَتْ، فهو للسيدِ.

وإنْ أولدَها، صارت مستولَدَةً، والولدُ حُرٌّ نسيبٌ، ولا يلزمُهُ قيمةُ المستولَدة لأمِّها؛ لأنها لا تملِكُها، وإنما يثبتُ لها حَقُّ العتقِ بعتقِها، وقد تأكدَ ذٰلك بالاستيلاد، هٰكذا ذكره ابْنُ الصبَّاغ، وقد سبقَ في قَتْلها قولان، في أنه هل تجبُ القيمةُ للأم؟ فينبغي أن يكونَ كذٰلك.

قال البغويُّ: ويبقىٰ حَقُّ الكتابة فيها، فَتَعْتِقُ بِعِتْقِ الأُمِّ، ويكونُ الكسْبُ لها إذا

---

(١) انظر: (التهذيب: ٨ / ٤٤٣).

(٢) **الشامل**: لابن الصبّاغ، عبد السيِّد بن محمد.

(٣) في المطبوع: «يلزمه» بدون «الواو».

جَعَلْنا الحَقَّ فيها للأم، فإن ماتَ السيدُ، عَتَقَتِ البنتُ بموته، وتؤخذُ القيمةُ من تركتِهِ للأم إذا جعَلْنا الحَقَّ لها، كما في القَتْلِ. وأَمَّا قيمةُ الولدِ، فعلىٰ ما ذكرنا في وَلَدِ المكاتَب.

فَرْعٌ: الأمَةُ المشترَكَة إذا كاتبها مالِكاها معاً، ثم وطِئها أحدُهما، فحكمُ الحَدِّ، والتعزير، ولزوم المَهْرِ علىٰ الواطِئ، كما ذكَرنا في المالكِ الواحدِ.

ثم إنْ لم يَحِلَّ النجمُ، فلها المهرُ في الحالِ، وإنْ حَلَّ، فإنْ كان معها مثلُ المهر، دفعَتْهُ إلىٰ الذي لم يَطَأْ. وفي المهرِ ونصيبِ الواطئ مِنَ النجمِ الذي حَلَّ، الخلافُ في التقاصِّ.

وإن لم يكن معها شيءٌ آخَرُ، فنصفُ النجمِ الذي للواطئ مع المهرِ علىٰ الخلافِ في التقاصِّ، والنصف الآخَر يدفعُ إلىٰ الذي لم يطأ.

وإنْ عَتَقَتْ قبلَ أخذِ المهرِ ومصيرِهِ قِصَاصاً، أخذتْه[1]. وإن عَجَزَتْ بعد أَخذِهِ، فإن بقيَ، فهو للسيدَين، وإنْ تلفَ تلفَ[2] من ملكهما.

وإنْ عجزَت قبل أخذِه؛ فإن كان في يدها بقَدْرِ المهرِ مال، أخذَهُ الذي لم يطأ [١٣٦٠ / أ] وبرئَتْ ذمَّةُ الواطئ. وإن لم يكن معها شيء، فللذي لم يطأ أَنْ يأخذَ نصفَ المهرِ مِنَ الواطئ. وإنْ أَحْبَلَها[3] نُظِرَ:

إنِ ادَّعىٰ الاستبراءَ، وحلفَ عليه، فولدَتْ لستة أشهُر فَصاعداً من وقتِ الاستبراء، لم يلحقْهُ، وهو كولَدِ المكاتَبة من نكاح أو زِنًى، وإن لم يَدَّعِ الاستبراءَ، وولدَتْ لدونِ ستةِ أشهرٍ، فالولدُ لاحِقٌ به، ويثبتُ الاستيلادُ في نصيبه من الأَمَة مع بقاء الكتابة فيه.

ثم هو مُعسِرٌ أو موسِرٌ؛ فإن كان مُعسِراً، لم يَسْرِ الاستيلادُ إلىٰ نصيبِ الشريكِ، فإنْ أَدَّت النجومَ إليهما، عَتَقَتْ بالكتابة، وبَطَلَ الاستيلادُ. وإنْ عَجَزَتْ، وفسَخَا الكتابةَ، فنصفُها قِنٌّ، ونصفُها مستولَدٌ.

---

(١) في (ظ)، والمطبوع: « أخذت »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٥٦٤).
(٢) كلمة: « تلف » ساقطة من (أ).
(٣) في المطبوع: « أجلها »، خطأ.

وإن ماتَ الواطئ قبلَ الأداءِ والفسخِ، عَتَقَ نصفُها، وبقيتِ الكتابةُ في النصفِ الآخَر.

وإنْ مات بعد الفسخ، عَتَقَ النصفُ، والباقي قِنٌّ. وفي الولدِ وجهانِ.

أصحُّهما: نصفُه حُرٌّ، ونصفُهُ رقيقٌ.

والثاني: ينعقدُ كُلُّهُ حُرّاً؛ لشُبهة المِلكِ، وإنْ قلنا بالثاني[1]، وقلنا: وَلَدُ المكاتَبة قِنٌّ للسيدِ، لزمَ الواطىءَ نصفُ قيمتِهِ للشريكِ.

وإنْ قلنا: يثبُتُ[2] فيه حكمُ الكتابة، وقلنا: الحقُّ فيه للسيدِ، فكذٰلك الجوابُ.

وإنْ قلنا: الحَقُّ للمكاتَبَة، لزمَهُ جميعُ قيمتِهِ لها؛ فإنْ عَتَقَتْ قبلَ أخذِها، أخذَتْها، وإنْ عَجَزَتْ قبلَ الأَخذِ[3]، أخذَ الشريكُ الآخَر نصفَها، وسقطَ النصفُ.

وإن قلنا: ينعقدُ نصفُه حُرّاً، ونصفُه رقيقاً، فإنْ قلنا: وَلَدُ المكاتَب قِنٌّ للسيدِ، فالنصفُ الرقيقُ للشريكِ، ولا يجبُ شيء من قيمة الولدِ علىٰ الواطئ.

وإنْ قلنا: تثبتُ الكتابةُ في ولد المكاتَبة، فالنصفُ الرقيقُ يَتَكاتَبُ عليها؛ إنْ عَتَقَتْ، عَتَقَ، وإلاَّ، رَقَّ للشريكِ الآخَر. وهل تجبُ قيمةُ النصفِ الحُرِّ علىٰ الواطئ؟ يُبنىٰ علىٰ أَنَّ الحقَ في وَلَدِ المكاتَبة للسيدِ أم لها؟ إنْ قلنا: له، لم تَجِبْ، وإلاَّ، وَجَبَتْ.

ثمَّ إنْ عَتَقَتْ، عَتَقَ، وسلّمَ لها نصف القيمة، فيأخذه إن لم تكن أخذَتْهُ، وإنْ عَجَزَتْ، سقطَ عنه. وإنْ كان دفعَهُ، استردَّه إنْ كان باقياً.

أَمَّا إذا كان موسِراً، فيسري الاستيلادُ إلىٰ نصيبِ الشريكِ، وكانَ الولَدُ كُلُّهُ حُرّاً، ومَتَىٰ يَسْري؟ فيه طريقانِ.

قال الجمهور: قولانِ، كما لو أعتقَ أحدُ الشريكَين نصيبَه من المكاتَب، ففي قولٍ: في الحال، وفي قولٍ: عندَ العجز.

---

(١) في المطبوع: «الأول»، خطأ. انظر: (فتح العزيز: ١٣ / ٥٦٥).

(٢) في المطبوع: «ثبت».

(٣) في المطبوع: «الأداء»، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٥٦٥).

وعن ابْنِ أبي هُريرَةَ، وغيرِهِ: القطعُ بأنه يَسْري عند العَجْز، فإن قلنا بالسِّراية في الحالِ، انفسختِ الكتابةُ في نَصيبِ الشريكِ، وتبقىٰ في نَصيبِ الواطِئ، ويثبتُ الاستيلادُ في جميع الجارية، وعلىٰ الواطئ للشريكِ نصفُ مهرِها، ونصفُ قيمتها.

وأمَّا نصفُ قيمةِ الولدِ منه، ففي وجوبها قولانِ، كما لو استولدَ أَحَدُ الشريكَين الأمَةَ القِنَّةَ، وانعقدَ الولدُ حُرّاً، وعليه أيضاً نصفُ المهرِ للمُكاتبةِ؛ لبقاءِ الكتابةِ في نصيبه، وهل يجب لها نصفُ قيمةِ الولد ؟ يُبنىٰ علىٰ أَنَّ المِلك في وَلَدِ المكاتَبة لمن هو ؟

ولو أدَّتْ نصيبَ الواطئ من مالِ الكتابةِ، عَتَقَ نصيبُهُ، وسرىٰ إلىٰ الباقي.

وإنْ عَجَزَتْ، وفَسَخَ الكتابةَ، بقيَتْ مستولدةً مَحْضةً.

وإن قلنا بالسِّراية عند العجز، فأدَّتِ النجومَ، عَتَقَتْ عن الكتابة، وولاؤه[1] بينهما، ويبطلُ الاستيلادُ، ولها المهرُ علىٰ الواطئ، فتأخذه إنْ لم تكن أخذَتْهُ، وتجبُ نصفُ قيمةِ الولدِ [١٣٦٠ / ب] للشريكِ إنْ قلنا: وَلَدُ المكاتَبة قِنٌّ للسيدِ، أو قلنا: تثبُت[2] فيه[3] الكتابةُ، وحَقُّ الملكِ فيه للسيد، وإنْ قلنا: حَقُّ الملكِ فيه للمكاتَبة، وجبَ جميعُ القيمةِ لها.

وإن لم تؤدِّ النجومَ، وعَجَزَتْ، لزمَ الواطئَ للشريكِ نصفُ مهرِها، ونصفُ قيمتها، ونصفُ قيمة الولد.

هـٰذا تمام الكلام في وطءِ أحَدِ الشريكين، فأما إذا وَطِئَاها جميعاً، فإن لم يحصلْ عُلوقٌ، فحكمُ الحدِّ والتعزير ما سبقَ، وعلىٰ كلِّ واحدٍ مَهْرٌ كامِلٌ، فإنْ عَجَزَتْ، ورَقَّتْ بعد قَبْضِ المهرَين[4]، لم يطالِبْ أحدُهما الآخَر بشيءٍ. ويقتسمانِ المهرَين[5] إنْ كانا باقيَيْن.

(١) في (فتح العزيز: ١٣ / ٢٩٤): « وولاؤها ».
(٢) في المطبوع: « ثبتت ».
(٣) في المطبوع زيادة: « صفة ».
(٤) في (ظ): « المهر ».
(٥) في (ظ): « المهر ».



وإنْ عَجَزَتْ قبلَ أخْذِهِ، سقطَ عن كلِّ واحدٍ نصفُ ما لزمَهُ، ويجيء في النصفِ الآخَرِ التقاصُّ.

وقد يكون أحَدُ المهرَين أكثرَ من الآخَر؛ إمَّا لكونِها بِكْراً عند وطءِ أحدِهما، ثَيِّباً عند الآخَر، وإمَّا لاختلافِ حالِها في الصحةِ والمرضِ، وغيرِهما، فيأخذُ مستحقُّ الفَضْلِ الفَضْلَ.

وإنْ أفضاها أحدُهما، لزمَهُ نصفُ القيمةِ للشريك، وإنِ[1] افْتَضَّها، لزمَهُ نصفُ أَرْشِ الافتضاضِ مع المهْرِ.

وإنِ ادّعىٰ كُلُّ واحدٍ علىٰ الآخَر أنه الذي أَفْضىٰ، أو افْتَضَّ، حلفَ كُلُّ واحدٍ منهما للآخَر؛ فإنْ حلفَا، فذاك، وإنْ حلفَ أحدُهما، ونَكَلَ الآخَرُ، قُضِيَ للحالِفِ.

وإنْ حَصَلَ عُلوقٌ، نُظِرَ:

هل أتَتْ بولدٍ، أَمْ بولدَين، مِنْ كُلِّ واحدٍ ولَدٌ.

القسم الأولُ: [إن][2] أَتَتْ بولَدٍ، فينظرُ: إنِ ادَّعيَا الاستبراءَ، وحَلَفا عليه، لم يلحَقْ بواحدٍ منهما، وهو كولَدِ المكاتَبة[3] من نكاحٍ، أو زِنًى.

وإنْ لم يدَّعِيا الاستبراءَ، فلهُ أربعةُ أحوال.

أحدها[4]: أن لا يمكنَ كون الوَلدِ من واحدٍ منهما؛ بأَنْ ولدَتْهُ لأكثرَ من أربعِ سنينَ من وطءِ الأولِ، ولدونِ ستةِ أشهرٍ من وطءِ الثاني، أو وَلَدتْهُ لأكثرَ من أربعِ سنينَ من وطءِ أحدِهما، فهو كما لو ادَّعَيا الاستبراءَ. وحكمُ المهرَين في الحالين، كما إذا لم يكن عُلُوقٌ.

الحال الثاني: أَنْ يمكنَ كونه مِنَ الأولِ دون الثاني، فيلحقُ بالأولِ، ويثبتُ الاستيلادُ في نصيبه؛ فإنْ كان مُعسِراً، فلا سِرَايةَ، وتبقىٰ الكتابةُ في جميعها؛ فإنْ أدَّتِ النجومَ، وَعَتَقَتْ، فلها علىٰ كُلِّ واحدٍ المهرُ.

---

(١) في المطبوع: « فإن ».

(٢) ما بين حاصرتين زيادة من المطبوع.

(٣) في المطبوع: « المكاتب »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٥٦٧).

(٤) في المطبوع: « أحدهما ».

وإنْ رَقَّتْ؛ فنصفُها قِنٌّ للثاني، ونَصيبُ الأولِ يبقىٰ مستولداً، ولكلٍّ واحدٍ علىٰ الآخَر نصفُ المهر، وهو من صُور التقاصِّ.

وهل كُلُّ الولَدِ حُرٌّ، أم تتبعَّضُ حريتُهُ؟ فيه الخلافُ السابق. وإنْ كان موسِراً، فالولدُ كلُّه حُرٌّ، ويسري الاستيلادُ من نصيبه إلىٰ نصيبِ شريكه، ويعودُ الخلاف في أنه يَسْري في الحالِ، أم عندَ العَجْز؟ فإن قلنا: في الحالِ، انفسختِ الكتابةُ في نصيبِ الثاني، وبقيَتْ في نصيبِ الأولِ.

وإنْ قلنا: عند العَجْزِ، فإذا عَجَزَتْ، وَرَقَّتْ، ارتفعتِ الكتابةُ، وهي مستولدةٌ له علىٰ القولَين.

والحكمُ فيما إذا أدَّتِ النجومَ، وعَتَقَتْ علىٰ ما سبقَ فيما إذا وطئَ أحدُهما وأولَدَها، وكذا الحكمُ لو عَتَقَتْ بالموتِ.

وما ذكرنا هناك أنه يجبُ للشريك علىٰ الذي أَولدَها من المهرِ وقيمةِ الجارية، وقيمةِ الولدِ تجبُ هنا للثاني علىٰ الأول.

وأمَّا وطءُ الثاني؛ فإنْ كان بعدما حكَمْنا بمصيرِ جميعِها أُمَّ ولدٍ لِلأول[1]، وجبَ جميعُ المهر، فإنْ بقيتِ الكتابةُ في نصيبِ الأولِ، فهو بينَه وبينَ المكاتَبة.

وإنِ ارتفعَتْ في نصيبه أيضاً، فجميعُه له.

وإنْ كان قبلَ الحكمِ [١٣٦١ / أ] بمصيرِ[2] جميعِها أُمَّ ولَدٍ له، لم يلزمْهُ إلَّا نصفُ المهر؛ لأنَّ السرايةَ إذا حَصلت أخيراً انفسخَتِ الكتابةُ، وعادَ نصفُهُ رقيقاً، فتكون الأَكسابُ له، والمهرُ من الأكسابِ.

ثم ذٰلك النّصْف للمكاتَبة، إنْ بقيت في نصيب الأولِ، وإلَّا، فهو للأولِ. هٰكذا ضبطَ القولَ فيما يلزمُ الثاني جماعةٌ، منهم ابْنُ الصبَّاغ.

واعلم: أَنَّ وطءَ الثاني إذا وقعَ بعد الحُكم بمصيرِ جميعِها أُمَّ ولَدٍ للأولِ، فقد وقعَ بعد ارتفاعِ شُبهة المِلْكِ، فيكونُ زِنًى، وإطلاقُ وجوبِ جميعِ المهرِ مصوَّر فيما

(١) في (أ)، والمطبوع: « الأول »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٥٦٨).
(٢) في المطبوع: « يصير »، خطأ.

إذا فرضَتْ شُبهةٌ أخرىٰ. وأَطلقَ في « المختصر » قولين في أَنه يلزمُ الثاني جميعُ المهر، أم نصفُه ؟

قال أبو إسحاقَ: الأظهرُ: وجوبُ جميعِ المهرِ، وهو اختيار الشافعيِّ، والمزنيِّ، رضي اللهُ عنهما.

الحالُ الثالثُ: أَنْ يمكنَ كونه من الثاني دون الأول، فيلحقُ الثاني، ويثبتُ الاستيلادُ في نصيبه، ولا سِرَاية إنْ كان مُعسِراً. وفي تبعيضِ الحرِّية في الولدِ الخلاف.

وإنْ كان موسِراً، سرىٰ الاستيلادُ إمَّا في الحال، وإمَّا عند العَجْز كما سبق. ويجبُ علىٰ الثاني هنا ما ذكَرْنا أَنه يجبُ علىٰ الأول في الحالِ الثاني.

وأمَّا الأولُ، فقال البغويُّ: إنْ كان الثاني معسِراً لزمَ الأولَ كمالُ المهر للمكاتَبة، وكذا إنْ كان موسِراً وقلنا: السرايةُ تحصُلُ بعد العَجز. وإنْ قلنا: تحصُلُ في الحال، انفسخَتِ الكتابةُ في نصيبِ الأولِ، ولا يجبُ إلَّا نصفُ المهرِ لها.

وأطلقَ العراقيون والرُّوْيَانِيُّ، وغيرُهما، أنه لا يلزمُ الأولَ عند يسَارِ الثاني إلَّا نصفُ المهر.

الحالُ الرابعُ: أَنْ يمكنَ كونه مِنْ كُلٍّ واحدٍ منهما، وادَّعياه، أو ادَّعاه أحدُهما، فيعرَضُ علىٰ القائف، فمَنْ ألحقَهُ به، كان الحكمُ كما لو تعيَّنَ الإمكان منه، فإن تعذَّرت معرفتُهُ بالقائِف، اعتمدَ انتسابه بعد بلوغه، ويكونُ الحكمُ ما ذكرنا.

قال الإمامُ: ولو فرضَ ذٰلك في الأَمَةِ القِنَّةِ، وألحقَهُ القائف بأحدِهما، لحقَهُ، وثبتَ الاستيلادُ في نصيبه، ولا سِرَاية إنْ كان مُعسِراً، لٰكن يثبتُ الاستيلادُ أيضاً في نصيب الآخَر بإقراره أنها مستولَدةٌ.

وإنْ كان موسِراً، سَرىٰ، ولا يلزمُهُ للشريك قيمةُ نصيبه؛ لأنه يدَّعي أَنَّ الجاريةَ مستولدته، فيؤاخذ[1] بإقراره.

وإذا لم نجدِ القائفَ، والمتداعيانِ موسِرانِ، حكمَ بأنها مستولدتهما، نصفُها لهٰذا، ونصفُها لذَاك، وليس أحدُهما بالسِّراية أَوْلىٰ من الآخَر.

---

(١) في المطبوع: « فيؤخذ ».

ولو أقرَّ بالوطء، وسكتا عن دعوىٰ الولدِ، وألحقَهُ القائِفُ بأحدهما، ثَبَتَ الاستيلادُ في نصيبه، وسَرَىٰ[1]، وعليه الغُرْمُ للشريك؛ لأنه لم يوجَدْ هنا إقرارٌ ينافي الغُرْمَ.

ولو لم نَجِدْ قائفاً، واعتمدْنا انتسابَه بعد بُلوغه، ففي ثُبوت الغُرْم وجهانِ.

القسمُ الثاني: إذا أتَتْ بولدَين، وعرفا حالهما، واتفقا علىٰ أن هـٰذا مِنْ هـٰذا، وذاكَ مِنْ ذاك، وله صورتان.

إحدَاهما: اتفقا علىٰ السابق منهما، فينظرُ:

إنْ كانا موسِرَين، أو كان الأولُ موسِراً، صارت مستولدةً للأول، وعليه للثاني نصفُ مهرِها، ونصفُ قيمتها.

وأمَّا [نِصْفُ][2] قيمة الولد، فقال البغويُّ[3]: إنْ قلنا: تحصُلُ السِّرَايةُ بنفسِ العُلوقِ، لم يجب. وإن قلنا: تتوقَّفُ علىٰ العَجْزِ، أَوْ قلنا[4]: لا تحصلُ إلَّا بأَداء القيمة، وجبَتْ.

وأمَّا الثاني: فإنْ وطئها بعد ما صارَ جميعُها مستولَداً [١٣٦١ / ب] للأول، وهو عالمٌ بالحال، لزمَهُ الحَدُّ، وولدُهُ رقيقٌ للأولِ.

وإنْ كان جاهلاً، فالولدُ حُرٌّ، وعليه تمامُ المهرِ، وتمامُ قيمةِ الولدِ يومَ الوضْعِ، ويكون جميعُها للأولِ إن ارتفعَتِ الكتابةُ في نصيبه [أيضاً]. وإنْ بقِيَتْ، فنصفُ المهر له، ونصفُه للمكاتَبة، ونصفُ قيمةِ الولدِ علىٰ الخلاف في ولدِ المكاتَبة.

وإنْ وطئها قبلَ أَنْ يصيرَ جميعُها مستولداً للأولِ، لم يلزمْهُ إلَّا نصفُ المهرِ؛ لأن نصفَها يعدلُهُ، وفي تبعيضِ حُريةِ الولَدِ ما سبقَ، فإن لم تتبعَّضْ، فعليه نصفُ قيمةِ الولد، ولا يثبتُ الاستيلادُ في نصيبِ الثاني له، وإنْ بقي نصيبُه له؛ لأن الأولَ استحقَّ السِّرَايةَ، ولا يجوزُ إبطالُ حقِّه.

---

(١) في المطبوع: « ويسري ».
(٢) ما بين حاصرتين ساقط من (ظ)، والمطبوع، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٥٧٠).
(٣) انظر: (التهذيب: ٨ / ٥٧١).
(٤) في المطبوع: « وقلنا »، المثبت موافق لما في (تهذيب البغوي: ٨ / ٥٧١).



وعن القَفَّال في ثبوتِ الاستيلادِ للثاني[١] في نصيبِهِ وجهان، كما لو أعتقَ شريكٌ نصيبَه، وهو موسِرٌ، وقلنا: السِّرايةُ تَقِفُ علىٰ القيمة، فأعتقَ الآخَرُ نصيبَه قبلَ أدائها.

وأمَّا إذا كانا معسِرَين، أو كان الأولُ معسِراً، فثبتَ الاستيلادُ في نصيبِ الأولِ ولم يَسْرِ، فإذا أحْبَلَها الثاني، ثَبَتَ في نصيبه أيضاً. وعلىٰ كُلِّ واحدٍ تمامُ المهرِ للمكاتَبة، فإن عَجَزَتْ قبلَ الأخذِ[٢]، فعلىٰ كلِّ واحدٍ نصفُ المهرِ لشريكِهِ، ومن مات منهما، عَتَقَ نصيبُهُ.

وذكر البَغَويُّ أن في تبعيض الحرِّية في ولدِ كُلِّ واحدٍ منهما الخلافُ، وأَنَّا إذا لم نحكُمْ بالحرِّية في نصفِهِ، فهل هو قِنٌّ للآخَرِ، أم يَتـكَاتَبُ؟ فيه الخلافُ، وأنه لا يلزمُ كُلَّ واحدٍ منهما شيءٌ من قيمةِ الولَدِ.

وفي « أمالي السَّرْخَسِيِّ »[٣]: أَنَّا إذا قلنا بالتبعيضِ، فالحكمُ كذلك، وإنْ قلنا بحرّية الجميعِ، لزمَ كُلَّ واحدٍ للآخَر نصفُ قيمةِ ولدِهِ.

ولم يُجزِ العراقيون وغيرُهم الخلافَ في تبعيضِ الحرّية في ولدِ كُلِّ واحد إذا كان الأولُ معسِراً، والثاني موسِراً، وحكموا بأَنَّ ولدَ الموسِر حُرٌّ كُلُّه، والخلافُ مخصوصٌ بالمعسِر.

الصورةُ الثانيةُ: اختلفا في السابقِ، فقال كُلُّ واحدٍ: أنا أولدْتُها أوَّلاً، ولدي هٰذا، واحتملَ صِدْقُ كُلِّ واحدٍ[٤]؛ فهما موسِرانِ، أو معسِران، أو أحدُهما موسِرٌ، والآخَرُ معسِرٌ، والاعتبارُ باليَسَار والإِعْسار حالة الإِحْبالِ.

الضرْبُ الأولُ: موسِران، فكلُّ واحدٍ يدَّعي علىٰ الآخَر جميعَ المهرِ وجميعَ قيمةِ ولدِهِ؛ لأنه يقول: وطئتها، وهي مستولَدَتي، أو يدَّعي نصفَهَا علىٰ ما ذكرناه في الصورة الأولىٰ، وكُلُّ واحدٍ يُقِرُّ للآخَرِ بنصفِ المهرِ، ونصفِ قيمةِ الجارية؛ لأنه يقول: أنا أولدْتُها وهي مشترَكة، فصارت مستولدةً لي، ويُقِرُّ أيضاً بنصفِ قيمةِ الولدِ

---

(١) في المطبوع: « الثاني ».

(٢) في المطبوع: « الأجل »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٥٧١).

(٣) السَّرْخسي: هو أبو الفَرَجِ الزَّازُ، عبد الرحمـٰن بن أحمد.

(٤) في المطبوع زيادة: « منهما ».

علىٰ اختلافٍ فيه، وما يُقِرُّ به كُلُّ واحدٍ من نصفِ قيمةِ الجاريةِ يكذِّبُهُ فيه الآخَر، فيسقطُ إقراره به، وتبقىٰ دَعوىٰ كُلِّ واحدٍ في المهرِ، وقيمةِ الولدِ.

فإن اقتضىٰ الحالُ التسويةَ بينهما، لم يعظمْ أثر الاختلاف، وجاء الكلامُ في التقاصِّ.

وإنْ تفاوتا، حلفَ كُلُّ واحدٍ علىٰ نفي ما يَدَّعيه الآخَر.

وقيل: يتحالفانِ علىٰ النفي والإثباتِ، وهو بعيدٌ، فإذا حلفَ، فلا شيءَ لأحدِهما علىٰ الآخَر، وهي مستولدَةُ أحدِهما علىٰ الإبهام، ونفقتُها عليهما، فإذا ماتا فهي حُرَّةٌ، والولاءُ موقوفٌ بينهما.

وإنْ ماتَ أحدُهما، فالأصحُّ أنه لا يَعْتِقُ شيء منها؛ لاحتمالِ أنها مستولدَةُ الآخَر.

وقال ابْنُ أَبي هُريرةَ، وأبو عليٍّ الطبريُّ: يَعْتِقُ نصفُها، واختاره القاضيان: أبو الطيِّب والرُّويانيُّ، وحكىٰ ذٰلك عن نصه في « الأم »؛ لأنه [١٣٦٢ / أ] يملك نصفها، وقد أولدَهَا، وشَكَكْنا هل سَرَىٰ إحبالُ شريكِهِ إلىٰ نصيبِهِ ؟ والأصل عدمه.

الضربُ الثَّاني: أَنْ يكونا معسِرَين، فلا ثمرةَ للاختلافِ، والحكمُ كما لو عرفَ السابق، وهما مُعسِران.

وإذا ماتَ أحدُهما، عَتَقَ نصيبُهُ، وولاؤه لعَصَبته.

وإنْ ماتا فالولاءُ لعَصَبتهما بالسويَّة.

ونقل الرَّبيعُ[1] في « الأم »: أَنَّ الوَلاءَ يوقَفُ[2]، وإنْ كانا مُعسِرين. واتفقَ الجمهورُ أن هٰذا غلطٌ من الرَّبيعِ، أو من غيرِهِ.

وقيل: أرادَ حالةَ الموتِ، فلا فرق حينئذ بين كونهما موسِرَين، أو معسِرَين؛ لما سبقَ أَنَّ الاعتبارَ في اليَسَارِ والإعسارِ بحالة الإحبالِ.

الضربُ الثالثُ: أَنْ يكونَ أحدُهما موسِراً، والآخَرُ مُعسِراً، فيحلفُ كُلُّ واحدٍ

---

(١) هو الربيع بن سليمان المراديُّ، وهو المراد حيث أطلق في كتب المذهب. انظر: (تهذيب الأسماء واللغات: ١ / ٤٥٦ ـ ٤٥٧).

(٢) في (أ): « أن الولاء لا يوقف »، وفي المطبوع: « أنَّ الولاء موقوف ».

علىٰ نفي ما يدَّعىٰ عليه، ويثبتُ الاستيلادُ للموسِر في نصيبِهِ، فلا منازعَةَ، وهما متنازعانِ في نصيبِ المعسِر، فنصفُ نفقتها علىٰ الموسِر، ونصفُها بينهما.

ثم إنْ مات الموسِر أوَّلاً، عَتَقَ نصيبُهُ، وولاؤُه لورثته، فإذا[1] ماتَ المعسِرُ بعدَه، عَتَقَ نصيبُهُ، وولاؤُهُ موقوفٌ بينهما.

وإنْ مات المعسِرُ أوَّلاً، لم يَعْتِقْ منها شيءٌ، فإذا مات الموسِرُ بعدَه، عَتَقَتْ كلُّها، وولاءُ نصفِها لورثته، وولاءُ النصفِ الآخَر موقوفٌ.

قال الصَّيدلانيُّ: هـٰذا إذا قلنا: لا تتوقَّفُ سِرَاية الاستيلادِ علىٰ أداء القيمة، فإن قلنا: تتوقف؛ فهنا لا أَداءَ[2]، فتكونُ الجاريةُ هنا مستولَدَتهما، والولاءُ بينهما بلا وقْفٍ.

أمَّا لو كان الاختلافُ عكسه، فقال كُلُّ واحدٍ للآخَر: أنتَ وطئْتَ أوَّلاً، فسرىٰ إلىٰ نصيبي، وهما موسِران، فقال البغويُّ[3]: يتحالفان، ثم نفقتُها عليهما، وإذا ماتَ أحدُهما، لم يَعْتِقْ نصيبُهُ؛ لاحتمالِ أَنَّ الآخَر سبقَه بالاستيلادِ، ويَعْتِقُ نصيبُ الحَيِّ؛ لأنه أقَرَّ بأنَّ الميتَ أولد [أوَّلاً]، ثم سَرىٰ إلىٰ نصيبه، وعَتَقَ بموته، وولاءُ ذٰلك النصف موقوفٌ، فإذا ماتَ الآخَر، عَتَقَتْ كُلُّها وولاءُ الكُلِّ موقوفٌ.

وإنْ كان أحدُهما موسِراً، والآخَرُ معسِراً، فقال المعسِرُ: سرىٰ إيلادُك إلىٰ نَصيبي، وقال الموسِرُ: أنتَ أولدْتَ أوَّلاً، ولم يَسْرِ إلىٰ نصيبي، تحالفا، ثم النفقةُ عليهما؛ فإن مات الموسِرُ أوَّلاً عَتَقَتْ كُلُّها.

أمَّا نصيبُ الموسِر؛ فبموتِهِ، وولاؤُه لعَصَبته، وأمَّا نصيبُ المعسِرِ؛ فبإقراره، وولاؤه موقوفٌ.

وإن ماتَ المعسِرُ أوَّلاً، لم يَعْتِقْ منها شيء؛ لاحتمالِ أن الموسِرَ سبقَهُ بالإحبالِ، فإذا مات الموسِرُ[4] بعدَه، عَتَقَتْ كلُّها. وولاءُ نصيبِ الموسِرِ لعَصَبته،

---

(١) في المطبوع: « وإذا ».
(٢) في المطبوع: « يتوقف هنا الأداء » بدل: « تتوقف، فهنا لا أداءَ »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٥٧٢).
(٣) انظر: (التهذيب: ٨ / ٤٥٤).
(٤) في المطبوع: « المعسر »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٥٧٣).

ونصيبُ المعسِرِ[1] موقوفٌ. وبالله التوفيقُ.

الحُكْمُ الخامِسُ: في جِنَايَةِ المكاتَبِ والجِنَاية عليه :

وفيه مسائِلُ.

إحداها: إذا جنىٰ علىٰ أجنبيٍّ بما يوجبُ[2] قصاصَ نفسٍ، أو طَرَفٍ، فلمستحقِّه القصاصُ. فإنْ عفا علىٰ مالٍ، أو كانت الجنايةُ موجِبةً للمال، نُظِرَ:

إنْ كان في يده مالٌ، وكان الواجبُ مثلَ قيمتِهِ، أو أَقَلَّ، طولبَ به مِمَّا في يده.

وإنْ كانَ أكثرَ، فهل يطالبُ بالأَرْشِ بالغاً ما بلغَ، أم لا يطالَبُ إلاَّ بأَقَلِّ الأمرَين من قيمتِهِ والأَرْش؟ قولانِ.

أظهرُهما: الثاني.

فعلىٰ هـٰذا: له أَنْ يفديَ بالأقلِّ، وإِنْ لم يَرْضَ السيدُ.

وإنْ فدىٰ بالأَرْشِ، وزادَ علىٰ القيمة، لم يستقِلَّ به؛ فإنْ أذِنَ السيدُ، فقولان، كتبرُّعه.

فإنْ لم يكن في يدِهِ مالٌ، وطلبَ مستحقُّ الأَرْشِ تَعجيزَه، عَجَّزه الحاكمُ، ثم يباعُ كُلُّه في الجناية إنِ استغرقَ الأَرْشُ قيمتَهُ، وإلاَّ فيباعُ قَدْرُ الأرش، وتبقىٰ الكتابَةُ [١٣٦٢ / ب] في الباقي، فإذا أدّىٰ حِصَّته من النجومِ، عَتَقَ ذٰلك القَدْر.

ولو أرادَ السيدُ أَنْ يفديَهُ من ماله، ويستديمَ الكتابةَ، فله ذلكَ، وعلىٰ مستحقِّ الأرْشِ قَبولُهُ، هـٰذا هو المذهبُ، وفيه شيءٌ سبقَ. وفيما يفدِيه به قولانِ.

الجديدُ: بأقلِّ الأمرَين.

والقديمُ: بالأَرْشِ، وله أَنْ يرجعَ عن اختيارِ الفداء ويسلمَهُ للبيع، إلاَّ إذا مات العبدُ بعدَ اختيارِ الفداءِ، أو باعَهُ بإِذْنِ المجنيِّ عليه، بشرطِ الفداءِ، فيلزمُهُ الفداءُ.

ولو أبرأه السيدُ من النجوم، أو أعتقَهُ، لزمَهُ الفداءُ؛ لأنه فَوَّتَ متعلّقَ حَقّ المجنيِّ عليه، فهو كما لو قتلَه، هـٰذا إذا قلنا بالمذهب، والذي قطع به الجمهورُ أنه

---

(١) في المطبوع: « الموسر »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٥٧٣).
(٢) في المطبوع: « يوجبه »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٥٧٣).

ينفذُ إعتاقه، وأشار ابْنُ كَجٍّ إلىٰ خلاف فيه، كإعتاقِ القِنِّ الجاني.

والفرقُ أَنّ المكاتَبَ صار مستحقَّ العتقِ بالكتابة قبلَ الجناية، فإذا أعتقَهُ، وقعَ العتقُ عن الجهة المستَحقّة بخلافِ القِنِّ.

وفيما يفديه السيدُ به؟ طريقان.

أحدهما: علىٰ القولَين؛ الجديدِ والقديمِ.

والثاني: القطعُ بالأقَلِّ، بخلاف حالِ بقاء الكتابة؛ لأن الرقَّ باقٍ هناك.

وكما يلزمُ السيدَ بإعتاقِ المكاتَب فداؤُه، يلزمُهُ بإعتاقِهِ فداءُ ابْنِ المكاتَبِ، وأبيه إذا تَكَاتَبا عليه، وَجَنَيا؛ لأنهما يعتقانِ بإعتاقه.

ولو عَتَقَ المكَاتَبُ بأداءِ النجوم، لزمَهُ ضمانُ الجناية، ولا يلزمُ السيدَ فداؤُه، وفيما يلزمُهُ الطريقانِ.

ولو جنىٰ المكاتَبُ جناياتٍ، وأعتقَهُ السيدُ، أو أبرأَهُ منَ[1] النجوم، لزمَهُ أَنْ يفدِيَهُ؛ فإنْ أدَّىٰ النجومَ، وعَتَقَ، فضمانُ الجناياتِ علىٰ المكاتَب.

وأمَّا الذي يلزمُهما، فإن كانت الجناياتُ معاً؛ بأَنْ قَتَلَ جماعةً بضَرْبةٍ، أو هدَمَ عليهم جداراً، ففيه القولانِ، كالجنايةِ الواحدةِ، والجديدُ: أَقَلُّ الأمرَين من أَرْشِ الجناياتِ كُلِّها، وقِيمتِهِ، والقديمُ: وجوبُ الأُروش كُلِّها.

وإنْ كانت الجناياتُ متفرقةً، فالقديمُ بحاله، وفي الجديدِ قولان.

أظهرُهما: أنه أيضاً بحاله، فيجبُ الأَقلُّ مِنَ الأروشِ كُلِّها وقيمتِهِ.

والثاني: يجبُ لكلِّ جنايةٍ الأَقلُّ مِنْ أَرْشِها والقيمة؛ لأن البيعَ كان ممكناً عقبَ كُلِّ جناية، وبالإعتاق فوّتَ ذٰلك، فكأنه أحدثَ لكلِّ جنايةٍ مَنْعاً.

ولو أرادَ المكاتَبُ أَنْ يفديَ نفسَه مِمَّا في يده عن الجناياتِ، فطريقانِ.

أحدهما: علىٰ القولَين المنقولين عن الجديد.

والثاني: القطعُ بالأقلِّ من أَرْشِ كُلِّ جنايةٍ، والقيمةِ.

---

(١) في (أ)، والمطبوع: « عن ».

وقطع البغوي[١] بأنه يؤخذُ مِمَّا في يده الأقلُّ من أُروش الجنايات كُلِّها، ومن قيمتِهِ، ويشبهُ أَن يكونَ هـٰذا هو المذهب.

ولو لم يكن في يده مالٌ، وسأل المستحقّون تعجيزَه، عَجَّزه الحاكمُ، ويباعُ، ويقسمُ الثمن علىٰ أقدارِ الأُرُوش.

وإنْ أبرأه بعضُهم، قسمَ علىٰ الباقينَ.

وإنِ اختارَ السيدُ فداءه بعد التعجيز لم يبعْ، وفيما يفدِيه به القولان.

المسألةُ الثانيةُ: إذا جنىٰ المكاتَب علىٰ عبدِ سيِّدِهِ، أو علىٰ طَرَفِ سيِّده، فله القِصَاصُ، وإن قتلَ السيدَ، فللورثةِ[٢] القصاصُ؛ فإنْ عفا المستحقُّ[٣] علىٰ مال، أو كانت [الجنايةُ][٤] موجبةً للمال، تعلَّقَ الواجبُ بما في يده؛ لأنه معه كأجنبيٍّ، وهل الواجبُ الأَرْشُ أم أَقَلُّ الأمْرَين ؟ فيه القولانِ.

فإنْ قلنا: الواجبُ الأَرْشُ، وكان أكثرَ من القيمة، فقال الشيخُ أبو حامد: له أن يفديَ نفسَه به.

وقال القاضي أبو الطيِّب: فيه الخلافُ في هبتِهِ لسيدِهِ. ثم قال ابْنُ الصبَّاغ [١٣٦٣ / أ]: وهـٰذا يقتضي أَنْ يقالَ: للسيدِ الامتناعُ من القَبول؛ [لأنه][٥] لا يلزمُه قَبولُ الهِبة.

وعندي أنه يلزمُهُ القَبولُ إذا أمكنَ أداؤه، وأداءُ مالِ الكتابة.

وإذا لم يكن في يدِهِ شيءٌ، أو كان لا يَفِي بالأَرْشِ، فهل[٦] للسيد تعجيزُه بسبب الأَرْشِ ؟ وجهان.

أحدهما: لا؛ لأنه إذا عَجَّزه سقطَ الأرشُ؛ لأنه لا يثبتُ له علىٰ عبده دَين،

---

(١) انظر: (التهذيب: ٨ / ٤٦٨).
(٢) في (ظ)، والمطبوع: « فللوارث »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٥٧٦).
(٣) في المطبوع: « المستحقون »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٥٧٦).
(٤) ما بين حاصرتين ساقط من (ظ)، والمطبوع.
(٥) ما بين حاصرتين ساقط من (ظ)، والمطبوع.
(٦) في المطبوع: « هل ».

بخلاف ما إذا عَجَّزه أجنبيٌّ؛ فإنَّ الأرْشَ يتعلَّقُ برقبته.

وأصحُّهما: نَعَمْ، وبه قطع الشيخ أبو حامد، وغيرُهُ، ويستفيدُ ردَّه إلىٰ الرقِّ المَحْضِ.

وإذا عَجَزَ بسبب الأرْشِ، أو النجوم، ورَقَّ، فهل يسقطُ الأرْشُ، أم يبقىٰ في ذمته إلىٰ أَنْ يَعْتِقَ ؟ وجهانِ.

أصحُّهما: الأولُ، وهما كالوجهَين فيما لو كان له علىٰ عبدِ غيرِه دَين، فملكَهُ، هل يسقطُ ؟ وجناية المكاتَب علىٰ طَرَف ابْنِ سيدِه، كجنايته علىٰ أجنبيٍّ، وجنايتُهُ علىٰ نفسِه تثبتُ القصاصَ للسيدِ، فإن عفا، أو كان القتلُ خطأً، فهو كما لو جنىٰ علىٰ السيد.

ولو أعتقَ السيدُ المكَاتَب بعد جِنايته عليه، أو أبرأهُ عن النجوم؛ فإنْ لم يكُنْ في يده مالٌ، سقطَ الأرشُ علىٰ المذهب، وإنْ كان، تعلَّقَ به علىٰ الأصحِّ.

ولو أدّىٰ النجومَ، فَعَتَقَ، لم يسقطِ الواجبُ بلا خلاف، كما لا يسقطُ إذا جنىٰ علىٰ أجنبيٍّ، وأدّىٰ النجومَ، وعَتَقَ.

ثم الواجبُ الأَرْشُ بالغاً ما بلَغَ، هـٰذا هو المذهبُ، والمنصوصُ، وبه قطع الجمهورُ.

وقيل: فيه القولانِ.

المسألةُ الثالثةُ: إذا جنىٰ عَبْدُ المكاتَب؛ فجنايتُهُ إمَّا علىٰ أجنبيٍّ وإمَّا علىٰ سيِّدِهِ[1] المكاتَب، وإمَّا علىٰ[2] سيّدِ سيِّدِهِ.

فإن كانت علىٰ أجنبيٍّ، فله القصاصُ، فإنْ عفا علىٰ مالٍ، أو كانتِ الجنايةُ موجِبةً للمال، تعلَّقَ برقبته يباعُ فيه، إلاَّ أَنْ يفديَه المكاتَبُ، وهل يفدِيه بالأَرْشِ أم بالأقلِّ ؟ قولانِ.

وقيل: بالأقلِّ قطعاً.

(١) في المطبوع: « سيد »، خطأ.
(٢) كلمة: « علىٰ » ساقطة من المطبوع.

فإن قلنا بالأَرْشِ، فكان[1] قَدْرَ قيمته، أو أقلَّ، فله الاستقلالُ به، وإلاَّ، فلا يستقلُّ، وفي جَوازِه بإذنِ السيدِ قولانِ، كتبرُّعه.

وفي الوقت الذي تعتبرُ قيمةُ العبدِ فيه أوجُهٌ.

الأصحُّ، وظاهِر نصِّه في « المختصر »: يوم الجِناية؛ لأنه وقت تعلُّق الأَرْش.

والثاني: يوم الاندمالِ.

والثالث: يوم الفداءِ.

والرابع: أقلّ القيمتَين مِنْ يومَي الجِناية والفداءِ، قال ابْنُ كَجٍّ: هٰذا هو المذهبُ، وهو نصُّه في « الأم ».

قال: وعندي أَنَّ الحكمَ في جنايةِ المكاتَب بنفسِه إذا اعتبرْنا قيمَته كذلكَ. هٰذا كلُّه في عبدِ المكاتَب الذي لم يَتَكاتَبْ عليه.

أمَّا مَنْ تَكاتَبَ عليه، كولَده مِنْ أَمَته، ووالدِه، وولدِه إذا وُهبا له، حيثُ يجوزُ القَبولُ، فليس له أَنْ يفديَه بغير إذنِ سيدِه، وبإذنِه قولان، كتبرُّعه؛ لأنَّ فداءه، كشرائِه.

ولو جنىٰ بعضُ عبيدِ المكاتَب علىٰ بعضٍ، أو جَنىٰ عبدُ غيرِه علىٰ عبدِه، فله أَنْ يقتصَّ؛ لأنه من مصالِح المِلْك، ولا يحتاجُ فيه إلىٰ إذنِ السيدِ علىٰ المشهور.

فلو كان القاتلُ والدَ المقتولِ، أو كان في عبيدِ المكاتَب أبوه، فقَتَلَ عبداً له، لم يقتصَّ.

ولو كان فيهم ابنه، فقتلَ عبداً له، فله أَنْ يقتصَّ، وهل له أَنْ يبيعَ ابنَه وأباهُ إذا كانا في مِلْكه وجَنَيا علىٰ عبد آخَرَ له جناية توجِبُ المالَ ؟ وجهان.

أصحُّهما: المنعُ، وهو نصُّه في « الأم ».

أمَّا إذا جنىٰ عبدُ المكاتَب علىٰ المكاتَب، فله الاقتصاصُ بغيرِ إذنِ [١٣٦٣ / ب] السيدِ؛ فإنْ كانتِ الجنايةُ خطأً، أو عفا علىٰ مالٍ، لم يَجِبْ؛ إذ لا يثبتُ لسيده[2] علىٰ عبده مالٌ.

---

(١) في المطبوع: « وكان ».

(٢) في (أ): « لسيدٍ »، وفي (فتح العزيز: ١٣ / ٥٧٩): « للسيد ».



وإن جنىٰ علىٰ سيدِ سيدِهِ، فهو كما لو جنىٰ علىٰ أجنبيٍّ، فيباعُ في الأَرْشِ إلَّا أَنْ يفديَهُ المكاتَبُ.

الرابعةُ: الجنايةُ علىٰ المكاتَب، إنْ كانت علىٰ طَرَفه، فله الاقتصاصُ، ولا يشترطُ إذنُ السيدِ علىٰ المشهور.

ثم إنِ اقتصَّ فذاكَ، وإنْ عفا علىٰ مال، ثبتَ المال، لكنْ إنْ كان دون أَرْشِ الجناية، فَقَدْر المحاباة، حكمُهُ حكمُ الجميع إذا عفا مجّاناً، وسنذكرهُ إنْ شاءَ الله تعالىٰ.

وإنْ عفا مُطلقاً، فإن قلنا: موجبُ العَمْدِ[1] أحَدُ الأمَرين، أَوْ قلنا: يوجبُ القصاص، ولٰكنْ مطلقُ العفو يوجبُ المالَ، ثَبَتَ الأرْشُ.

وإنْ قلنا: يوجبُ القصاصَ، ومطلقُ العفو لا يوجِبُ المالَ، لم يَجِبْ شيء، وإنْ عفا مجّاناً، سقطَ القصاصُ.

ثم إنْ قلنا: موجبُ العمدِ القصاصُ، لم يجِبْ شيء؛ إن[2] قلنا: مطلقُ العفوِ لا يوجبُ المالَ، وإنْ قلنا: يوجبُهُ، فوجهانِ.

أحدُهما: يجبُ المالُ إنْ عفا بغيرِ إذنِ السيدِ، وبإذنِهِ قولانِ، كتبرُّعه.

والثاني: لا يجبُ شيء وإنْ عفا بغير إذنِهِ؛ لأن الجِناية ـ علىٰ هٰذا القول ـ لا توجبُ المالَ، وإنما تثبته[3] إذا اختاره، أو عفا مُطلقاً علىٰ قول، فإذا عفَا مجّاناً، فقد تركَ الاكتسابَ بالعفوِ، ولا يُجْبَرُ علىٰ الكَسْبِ.

وإنْ كانت الجنايةُ موجبةً للمالِ، لم يصحَّ عفوُه بغيرِ إذنِ سيدِه، وبإذْنِهِ قولان.

وحيثُ ثَبَتَ المالُ بالجناية علىٰ طرفه فهو للمكاتَبِ، يستعينُ به علىٰ أداءِ النجوم. وهل يستحقُّ أخذه في الحالِ، أم يتوقَّف علىٰ الاندمالِ؟ قولانِ، كالجنايةِ علىٰ الحُرِّ.

وقيل: يستحقُّه في الحالِ قطعاً؛ مُبادرةً إلىٰ تَحصيل العتقِ.

---

(١) كلمة: «العمد» ساقطة من المطبوع.

(٢) في (أ)، والمطبوع: «وإنْ».

(٣) في (ظ): «تثبت».

فإن قلنا: تتوقَّف علىٰ الاندمالِ، وقد قطعت يدُهُ، نُظِرَ:

إنْ سَرَتِ الجنايةُ إلىٰ النفسِ، انفسختِ الكتابةُ، وعلىٰ الجاني القيمةُ للسيدِ إنْ كان أجنبيّاً.

وإنِ اندملَتْ؛ فإنْ كان الجاني أجنبيّاً أخذَ المكاتَبُ نصفَ قيمته.

وإن كَانَ السيد، استحقَّ عليه نِصْف القيمة، وهو يستحقُّ النجومَ، فإنْ حَلَّ نَجْمٌ، واتَّحَدَ الحَقَّانِ؛ جِنساً وصفَةً، ففيه أقوالُ التقاصِّ، فيأخذُ مَنْ له الفَضْلُ الفَضْلَ، وإنِ اختلفا أخذَ كُلُّ واحدٍ حَقَّه.

وإن قلنا: له أَخْذُ الأَرْشِ في الحال، فإنْ كان مِثْلَ دِيَة حرٍّ، أو أَقَلَّ، فله أَخْذُ جميعِهِ، وإلاَّ، فلا يأخذُ أكثرَ من قَدْرِ الديَةِ؛ لأن الجِنايَة قد تَسْري إلىٰ نفسِه بعد عِتْقه، فيعود الواجبُ إلىٰ ديةٍ.

وإذا أخذَ ماله أخذَه، ثم اندملتِ الجراحةُ، فقد استقرَّ الأرْشُ، ويأخذُ الباقي إن لم يكن أَخَذَ الجميعَ.

وإنْ سَرَتْ إلىٰ النفسِ، نُظِرَ:

إن سَرَتْ قبلَ أَنْ يَعْتِقَ، انفسخَتِ الكتابةُ؛ فإنْ كان الجاني أجنبيّاً، فللسيد مطالبتُهُ بتمامِ القيمةِ، وإنْ كان هو السيدَ، سقطَ عنه الضمانُ، وأخذ أكسابهُ.

وإنْ كانت السرايةُ بعد عتقه بأداء النجوم، فإنْ كان الجاني أجنبيّاً، فعليه تمامُ الديةِ؛ لأن الاعتبارَ في الضمان بحالِ الاستقرارِ، ويكونُ ذٰلك لورثته، فإنْ لم يكونوا فللسيدِ بالوَلاء.

وإنْ كان الجاني السيد، فعليه تمامُ الديةِ أيضاً بخلاف ما لو جرحَ عبدَه القِنَّ، ثم أعتقَهُ، فماتَ بالسِّراية؛ فإنه لا ضمانَ؛ لأن ابتداءَ الجناية غيرُ مضمونٍ هناك، وهنا مضمونٌ.

ولو حصلَ العتقُ بالتقاصِّ، فهو كما لو حصلَ بالأداء، ولا يمنعُ من التقاصِّ كونُ الدية إِبلاً؛ لأن الواجبَ [١٣٦٤ / أ] في الابتداءِ نصفُ القيمة، والتقاصُّ حينئذ يحصلُ. ثم إنْ سَرَتِ الجنايةُ بعد العتق، وجَبَ الفاضِلُ من الإبل.

ولو عفا المكاتَب عن المالِ، ولم نصحِّحْ عفوَه، ثم عَتَقَ قبلَ أخْذِ المالِ، فهل له أخْذُهُ؟ قولانِ.

أظهرُهما: نَعَمْ؛ لأن عفوَه وقعَ لاغياً.

ولو جنىٰ علىٰ طَرَفِ المكاتَب عبدُهُ، فله القِصَاصُ؛ فإنْ كانتِ الجنايةُ خطأً، أو عفا علىٰ مالٍ، لم يثبُتْ له علىٰ عبدِهِ مالٌ، وإنْ كانت الجنايةُ علىٰ نفسِ المكاتَب، انفسخَتِ الكتابَةُ، ويموتُ رقيقاً.

ثم إنْ قَتَلَهُ السيدُ، فليس عليه إلاَّ الكفارةُ، وإنْ قتلَهُ أجنبيٌّ، فللسيدِ القصاصُ، أو القيمةُ، وله أَكسابُهُ بحُكمِ المِلْك، لا بالإرْثِ.

فَرْعٌ: جنىٰ علىٰ طرفِ مكاتَبه، وكان الأَرْشُ مثلَ النجوم، وحكَمْنا بالتقاصِّ وحُصولِ العتقِ، ثم جنىٰ عليه السيدُ جنايةً أخرىٰ موجبةً للقِصاص، فهي جنايةٌ علىٰ حُرٍّ، فيجبُ القصاصُ، نصَّ عليه في «الأم»، فإنْ قال: لم أعلَمْ أنه حصلَ التقاصُّ والعتقُ، لم يقبَلْ منه، كما لو قَتَلَ مَنْ كان عبداً، فَعَتَقَ، وقال: لم أعلم أنه عَتَقَ.

قال الرَّبيعُ: فيه قولٌ أنه يؤخذُ منه ديةُ حُرٍّ، ولا قِصاصَ؛ للشُّبهة.

قال في «الأم» لو عَتَقَ المكاتَبُ، فاختلفَ هو ومَنْ جنىٰ عليه، فقال المكاتَبُ: كنتُ حرّاً عند الجناية، وقال الجاني: بل مكاتَباً، صُدِّقَ الجاني بيمينه، وتقبلُ شهادة السيدِ للمكاتَب.

فَصْلٌ: في مَسَائِلَ مَنْثُورةٍ:

قال لمكاتَبه: إنْ عَجَزْتَ عن النجومِ بعد وفاتي، فأنتَ حُرٌّ، صَحَّ التعليقُ، فإن قالَ المكاتَبُ، قبل الحُلول: عَجَزْتُ، لم يعتبَرْ قولُه، وإن قاله بعد الحُلول، ووجَدْنا له ما يفي بالواجبِ، فلا عَجزَ أيضاً، وإن لم يوجَدْ، صُدِّقَ بيمينِهِ.

ويقبلُ إقرارُ المكاتَبِ بديون المعاملة، وبالبيعِ وما يَقْدِرُ علىٰ إنشائه.

وفي «كتابِ ابْنِ كَجٍّ» أنه لو قال: بعتُ هٰذه السلعة وهٰذا ثمنُها، قُبِلَ إقرارُهُ.

وإن قال: بعتُها، وتلفَ الثمنُ في يدي، ففي القَبول قولانِ.

وإِنْ أَقَرَّ بدَينِ جِنَايةٍ، فهل يُقبلُ في حقِّ السيدِ؟ قولانِ.

أظهرُهما عند البغويِّ: نَعَمْ، ويؤدِّي مِمَّا في يده كدَيْن المعاملة؛ لـٰكنْ[١] لو كان ما أقرَّ به أكثرَ من قيمته، لم يلزَمْ إلاَّ قَدْرُ قِيمتِهِ، فإن لم يكُنْ في يده شيءٌ، بِيْعَ في دَيْن الجِناية.

والثاني، وبه قطعَ جماعةٌ: لا يقبلُ في حقِّ السيدِ؛ لأنه لم يسلَّطْ عليه بعقدِ الكتابةِ، فإنْ قبلنا إقرارَه، فَعَجَزَ قبلَ أَنْ يؤخذَ منه، فهل يُباع فيه، أم لا يُباعُ ويكونُ في ذِمته إلىٰ أَنْ يَعْتِقَ؟ قولانِ.

ولا يقبلُ إقرارُ السيدِ علىٰ المكاتَب بالجناية، لـٰكن لو عَجَزَ ألزمَ السيد بإقراره.

ولو قال: كان جَنىٰ قبلَ الكتابةِ، لم يقبَلْ علىٰ المكاتب[٢] أيضاً؛ لخُروجه عن يدهِ بالكتابة.

ولو ماتَ سيدُ المكاتَب، فقد سبقَ أَنَّ الكتابةَ تبقىٰ، وأَنه يعْتِق[٣] بالأداء إلىٰ الوارثِ، فلو كان له وارثانِ، لم يَعْتِقْ إلاَّ بأداءِ حَقِّهما؛ فإنْ كان الوارثُ صغيراً، أو مجنوناً، لم يَعْتِقْ إلاَّ بالدفْع إلىٰ وليِّه، فإنْ كان له وصيَّانِ، لم يَعْتِقْ إلاَّ بالدفعِ إليهما، إلاَّ إذا أثبت[٤] لكلِّ واحدٍ منهما الاستقلال.

فإنْ كان علىٰ الميتِ دَين، وأوصىٰ بوصَايا، فإنْ كان الوارثُ وصيّاً في قضاءِ الديون، وتنفيذِ الوصَايا، عَتَقَ بالدْفعِ إليه، وإلاَّ فيجمعُ بين الوصيِّ والورثة، ويدفعُ إليهم.

فإنْ لم يُوصِ [١٣٦٤ / ب] إلىٰ أحدٍ، قامَ القاضي مَقام الوصيِّ.

ولو دفعَ إلىٰ الغريمِ، لم يَعْتِقْ، وإنْ دفعَ إلىٰ الوارثِ؛ فإن قضىٰ الديونَ والوصايا، عَتَقَ، وإلاَّ وجبَ الضمانُ علىٰ المكاتَب، ولم يَعْتِقْ، هـٰكذا ذكره البغويُّ.

---

(١) في المطبوع: « ولـٰكن ».

(٢) في المطبوع: « المكاتبة »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٥٨٢).

(٣) في (ظ): « وأنه لم يعتق »، وفي المطبوع: « فإن لم يعتق »، كلاهما خطأ، المثبتُ موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٥٨٢).

(٤) في (فتح العزيز: ١٣ / ٥٨٢)، و(النجم الوهاج: ١٠ / ٥٨٠): « ثبت ».



وقال القاضي أبو الطيِّب: إنْ كان الدَّينُ مستغرِقاً للتركة، برئَ المكاتَبُ بالدفع إلىٰ الغريم.

وإن كان قد أوصىٰ بالنجوم لإنسانٍ، عَتَقَ بالدفع إليه، وإن أوصىٰ بها للفقراءِ أو المساكينِ، دفعها إلىٰ مَنْ أوصىٰ إليه، بتفريقها[1]، أو إلىٰ الحاكِم.

وإنْ أوصىٰ بقضاءِ الدَّين منها، تعيَّنَ صرفُها إليه، وهو كما لو أوصىٰ بها لإنسانٍ.

ولو ماتَ السيدُ والمكاتَب مِمَّنْ يَعْتِقُ علىٰ الوارِث، عَتَقَ عليه.

ولو نَكحَ الابنُ مكاتَبَةَ أبيه، ثم مات الأبُ والابنُ وارِثٌ، انفسخَ النكاحُ؛ لأنه ملك زوجته، وكذا لو مات السيدُ وبنتُهُ تحتَ مكاتَبه، فورثَتْ زوجَها.

ولو اشترىٰ المكاتَبُ زوجَته، أو اشترتِ المكاتَبة زوجها، انفسخَ النكاحُ. وباللهِ التوفيقُ[2].

---

(١) في (أ): «بتفرقتها»، وفي المطبوع: «فيفرقها»، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٥٨٣).

(٢) قوله: «وبالله التوفيق» لم يرد في (أ).



٨١ ـ كِتَابُ أُمَّهَاتِ الأَوْلَادِ

وَلَدُ الرجلِ مِنْ أَمَتِهِ ينعقدُ حُرّاً، وتصيرُ الأَمةُ بالولادة مستولَدَةً، تَعْتِقُ بموته، ويقدَّمُ عتقُها على الديون.

واستيلادُ المريضِ مرضَ الموتِ، كاستيلادِ الصحيحِ في النفوذِ من رأسِ المال، كإنفاقِهِ[١] المال في اللذَّاتِ[٢] والشهواتِ.

ويثبتُ الاستيلادُ أيضاً بإلقاءِ مُضْغَةٍ ظَهَرَ[٣] فيها خِلْقَةُ آدميٍّ؛ إمَّا لكلِّ أحَدٍ، وإمَّا للقَوابِلِ، وأهلِ الخِبرةِ من النساء، فإن لم تظهرْ، وقلْنَ: هذا أصلُ آدميٍّ، ولو بقيَ لتصوّر، لم يثبُتِ الاستيلادُ على المذهب، وقد سبقَ بيانُه في « العِدَدِ ».

فَصْلٌ: يَحْرُمُ بيعُ المستولَدَة، وهِبَتُها، ورَهْنُها، والوصيةُ بها.

وعن الشافعيِّ رحمَهُ الله: أنه ميل القول في بيعِها، فقالَ الجمهورُ: ليس للشافعيِّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ فيه اختلافُ قولٍ؛ وإنما ميل القول إشارة إلى مذهبِ مَنْ جَوَّزَه.

ومنهم مَنْ قال: جوَّزه في القديم، فعلى هذا: هل تعْتِقُ[٤] بموتِ السيد؟ وجهان.

أحدهما: لا، وبه قال صاحبُ « التقريب »، والشيخُ أبو عليٍّ.

---

(١) في المطبوع: « كإنفاق ».

(٢) في (فتح العزيز: ١٣ / ٥٨٥): « الكفَّارات » بدل: « اللذَّات ».

(٣) كلمة: « ظهر » ساقطة من المطبوع.

(٤) في المطبوع: « يعتق ».

والثاني: نَعَمْ، قاله الشيخ أبو محمد، والصيدلانيُّ، كالمُدَبَّرِ.

قال الإمامُ[(١)]: وعلىٰ هٰذا يحتملُ أَنْ يقالَ: تَعْتِقُ[(٢)] من رأس المال، ويحتمل من الثلُث.

وإذا قلنا بالمذهبِ: إنه لا يجوزُ بيعُها، فقضىٰ قاضٍ بجوازِهِ، فحكىٰ الرُّوْيَانِيُّ عن الأصحاب أنه ينقضُ قضاؤُه، وما كان فيه من خلاف بينَ القَرْنِ الأولِ، فقد انقطعَ، وصارَ مُجمعاً علىٰ منعِهِ، ونقلَ الإمامُ[(٣)] فيه وجهَين.

فَرْعٌ: أولادُ المستولَدَة؛ إنْ كانوا من السيدِ، فأحرارٌ، وإِنْ حَدثوا من نكاحٍ، أو زنًى، فلهم حكمُ الأمِّ، فليسَ للسيدِ بيعُهم، ويَعْتِقُون بموتِهِ، وإِنْ كانتِ الأمُّ قد ماتت في حياة السيدِ.

ولو أعتقَ السيدُ الأمَّ، لم يَعْتِقِ الولَدُ، وكذا حكمُ العكسِ، كما في التدبير، بخلافِ ما لو أعتقَ المكاتَبة، يَعْتِقُ وَلَدُها.

ولو ولدَتِ المستولَدَة من وَطْءِ شُبهة؛ فإن كان الواطئ يعتقدُ أنها زوجتُهُ الأمَةُ، فالولدُ رقيقٌ للسيدِ، كالأمِّ، وهو كما لو أتَتْ به من نكاحٍ، أو زنًى.

وإنْ كان يعتقدُها زوجَتَهُ الحرَّةَ، أو أمتَهُ، انعقدَ الولدُ حُرّاً، وعليه قيمتُهُ للسيدِ.

وأمَّا الأولادُ [١٣٦٥ / أ] الحاصلون قبلَ الاستيلادِ بنكاحٍ، أو زنًى، فليس لهم حكمُ الأمِّ؛ بل للسيدِ بيعُهم إذا وُلدوا في مِلْكِه، ولا يَعْتِقُون بموته؛ لأنهم حدثوا قبلَ ثبوت حقِّ الحرِّية للأمِّ.

فَرْعٌ: المُستولَدَةُ فيما سوىٰ نقلِ المِلْكِ فيها، كالقِنَّةِ، فله إِجارتُها، واستخدامُها، ووطؤُها، وأرشُ الجنايةِ عليها، وعلىٰ أولادِها التابعين لها، وقيمتُهم إذا قتلوا.

ومَنْ غَصَبها، فتلفَتْ في يده، ضمنها، كالقِنَّةِ.

ولو شهدَ اثنانِ علىٰ إقرارِ السيدِ بالاستيلادِ، وحكمَ بهما، ثم رَجَعا، قال

---

(١) انظر: (نهاية المطلب: ١٩ / ٤٩٨).

(٢) في المطبوع: « يعتق ».

(٣) انظر: (نهاية المطلب: ١٩ / ٤٩٨).

أبو عليٍّ[(١)] : لا يُغَرَّمانِ؛ لأنَّ المِلْكَ باقٍ فيها، ولم يُفَوِّتا إلَّا سَلْطَنَةَ البيعِ، ولا قيمةَ لها بانفرادِها.

قال الإمامُ[(٢)] : فإذا ماتَ السيدُ، وفاتَ المِلكُ، فالذي نراهُ وجوبُ الغُرْم عليهما للورثة، كما لو شَهدا بتعليقِ العتقِ، فوجدَتِ الصفةُ، فحكمَ[(٣)] بعتقِهِ، فرجَعا، غُرِّما.

وفي تزويجها أقوالٌ.

أظهرُها: للسيدِ الاستقلالُ به؛ لأنه يملِكُ إجارتها[(٤)] وَوَطْأَها، كالمُدَبَّرةِ.

والثاني، قاله في القديم: لا يزوِّجُها إلَّا برضاها.

والثالثُ: لا يجوزُ، وإنْ رضيَتْ، وعلىٰ هـٰذا: هل يزوِّجُها القاضي؟ وجهانِ:
أحدُهما: نَعَمْ بشرطِ رِضَاها، ورِضا السيدِ.

والثاني: لا.

ويجري الخلافُ في تزويجِ بنتِ المستولَدة، فإذا جوَّزْناه، فلا حاجةَ إلىٰ الاستبراءِ، بخلافِ المستولَدَة؛ لأنها كانت فِرَاشاً له.

وابْنُ المستولَدَة لا يجبرُهُ السيدُ علىٰ النكاحِ، و[ليس] له أَنْ ينكِحَ بغيرِ إذنِ السيدِ، فإنْ أَذِنَ، فوجهانِ، حكاهما الرُّوْيَانِيُّ في «الكافي»؛ تخريجاً من الخلاف في المستولَدَة.

قلتُ: الصحيحُ أو الصوابُ[(٥)] الجَوازُ، والفرقُ ظاهرٌ. **واللهُ أعلمُ**.

فَصْلٌ: إذا زنىٰ رجلٌ بأَمَةٍ، فأتَتْ بولدٍ من زِناهُ[(٦)]، ثم مَلَكَها، لم تَصِرْ أُمَّ وَلَدٍ له، ولو مَلَكَ ذٰلك الولدَ، لم يَعْتِقْ عليه.

---

(١) هو الشيخ أبو عليٍّ السِّنجيُّ، الحُسَين بن شُعيب. انظر: (فتح العزيز: ١٣ / ٥٨٧).
(٢) انظر: (نهاية المطلب: ١٩ / ٤٩٩).
(٣) في المطبوع: « فحكمت ».
(٤) في المطبوع: « بيعها »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٥٨٨).
(٥) في (أ): « والصوابُ ».
(٦) في المطبوع: « من الزنىٰ ».

ولو أَولدَ أَمَةَ غيرِهِ بنكاح، ثم مَلَكَها، لم تَصِرْ أمَّ ولدٍ له على المذهب؛ لأنها عَلِقَتْ برقيقٍ، والاستيلادُ إنما يثبتُ تبعاً لحريَّة الولَدِ. ولو مَلَكَها وهي حامِلٌ منه، فكذلك الحكمُ، ولكن يَعْتِقُ الولدُ عليه؛ لأنه ملك ولده.

قال الصَّيدلانِيُّ: وصورةُ ملكها حامِلاً أَنْ تضعَ لدونِ ستةِ أشهرٍ من حين مِلْكِها أو أَنْ[1] لا يطأَها بعد المِلْكِ، وتلدَ لدون أربعِ سنينَ، فأما إذا وَطِئها بعدَ المِلك، وولدَت لستة أشهر من وقتِ الملك[2]، فيحكمُ بحصول العُلوق في ملك اليمينِ، وثُبوت الاستيلادِ وحرية الولد، وإنْ أمكنَ كونه سابقاً عليه.

أمَّا إذا استولدَ أمةَ الغير بشُبهة، ثم مَلَكَها، فينظرُ:

إنْ وَطِئها على ظَنِّ أنها زوجتُهُ المملوكَةُ، فالولدُ رقيق، ولا يثبتُ الاستيلادُ.

وإنْ وطئها على ظَنِّ أنها زوجتُهُ الحرَّةُ، أو أمتُهُ، فالولدُ حُرٌّ، وفي ثبوتِ الاستيلادِ قولانِ. وكذا لو نكحَ أمةً غُرَّ بحرِّيتها، فأولَدَها، فالولدُ حُرٌّ، وفي ثُبوتِ الاستيلادِ إذا ملَكَها القولانِ. ويجريانِ فيما لو اشترىٰ أمةً شراءً فاسداً، وأولدَها علىٰ ظَنِّ الصِّحة.

أحدهما، وهو القديم: يثبتُ؛ لأنها عَلِقَتْ منه بِحُرٍّ.

وأظهرُهما، وهو الجديدُ: لا يثبتُ؛ لأنها عَلِقَتْ في غيرِ مِلْك اليمينِ، فعلىٰ القديم: يكونُ أولادُها الحادثون بعدَ مِلْكه من نكاحٍ، أو زِنًى لهم حكمُها، فَيَعْتِقُون بموتِ السيدِ، والحاصلون قبلَ أَنْ يملكها ليس لهم حكمُها، وإنْ حصلوا بعد الاستيلاد؛ لأنهم حصلوا قبلَ ثُبوت الحقِّ للأم.

ولو مَلَكَها وهي حامِل من نكاحٍ، أو زِنًى [١٣٦٥ / ب] ففي « فتاوىٰ القاضي حُسَين » أنه لا يثبتُ لذلك الولد حكم الأم؛ بل يكونُ قِنّاً للمشتري؛ اعتباراً بحالِ العُلوق.

فَرْعٌ: سبقَ في الكتابة إذا أولدَ الشريكانِ مكاتبَتَهما، والقِنَّةُ في معناها، وذكرنا هناك المسألةَ مبسوطةً.

---

(١) في (ظ)، والمطبوع: « وأن » بدل: « أَوْ أن ».

(٢) في (فتح العزيز: ١٣ / ٥٨٩): « الوطء » بدل: « الملك ».

فَرْعٌ: أولدَ مرتدٌّ أَمتَهُ، صارَتْ مُستولدةً إنْ أَبقينا مِلْكَهُ. وإن أَزَلْناهُ لم يثبتِ الاستيلادُ في الحالِ؛ فإنْ أسلمَ، فَعلىٰ القولَين فيما إذا أولدَ أجنبيَّةً، ثم مَلَكَها، وإِنْ توقَّفنا في المِلك، فكذا في الاستيلادِ.

فَرْعٌ: إذا أسلمَتْ مستولدةُ كافرٍ، أو استولدَ أَمَتَهُ بعد إسلامها، فقد ذكرنا في « البيع » أنه لا سبيل إلىٰ بيعها، وأنه لا يجبرُ علىٰ إعتاقها علىٰ الصحيح، ولـٰكن يحالُ بينهما، وتجعلُ عند امرأةٍ ثقةٍ، وكسْبُها له، ونفقتُها عليه، فإنْ أسلمَ، رُفعَتِ الحيلولةُ، وإن ماتَ، عَتَقَتْ.

وهل للكافرِ تزويجُها إذا جوَّزْنا تزويجَ المستولَدَة ؟ وجهانِ حكاهما الصَّيدلانيُّ. أصحُّهما: لا، وبه قطعَ القَفَّالُ؛ لانقطاعِ الموالاةِ.

والثاني: نَعَمْ؛ لأنه تصرُّفٌ بالمِلْك.

وعلىٰ الأولِ: قيل: لا يزوِّجُها القاضي أيضاً.

وقال أبو إسحاقَ: يزوِّجُها القاضي إذا أرادَتْهُ، والمهرُ للسيد، وكذا يزوجها [الحاكم] إذا أرادَ السيدُ تزويجَها، وإن كرهَتْ هي، وتصيرُ[1] النفقة علىٰ الزوج.

قال أبو إسحاقَ: وهي أحقُّ بِحَضَانةِ الولد ما لم تتزوَّجْ، فإذا تزوَّجت صار الأبُ أحقَّ بالولد، إلاَّ أَنْ يكونَ مميِّزاً، ويخاف[2] أَنْ يفتِنَهُ عن دينه، فلا يتركُ عنده.

قلتُ: الصحيحُ الذي عليه الجمهور: أنه لا حَضَانَةَ لكافرٍ علىٰ مسلم، كما سبقَ في « الحضانة »، فلا[3] حَضَانَةَ هنا للأبِ. **واللهُ أعلمُ**.

فَرْعٌ: في « فَتَاوىٰ القَفَّال »: أَنَّ العبد إذا أولدَ جاريةَ ابنِهِ الحُرِّ، لا حَدَّ عليه، ويثبتُ النسبُ، دونَ الاستيلادِ؛ لأنه ليس من أهلِ المِلْكِ.

وأنَّ المكاتَبَ إذا أولد [جارية] ابنِهِ الحُرِّ، فيحتملُ أنه يُبنىٰ ثبوتُ الاستيلادِ علىٰ الخلاف في أنه إذا أولدَ جارية نفسِهِ، هل يثبُتُ ؟

وأنَّ مَنْ وطئَ جاريةَ بيتِ المال، يُحَدُّ، ولا نَسَبَ، ولا استيلادَ، وسواء في

---

(١) في المطبوع: « فتصير ».
(٢) في المطبوع: « فيخاف ».
(٣) في المطبوع: « ولا ».

هـٰذا الغنيُّ والفقيرُ؛ لأنه لا يجبُ الإعفافُ من بيتِ المالِ.

وأنه لو أعتقَ مستولدَتَهُ علىٰ مالٍ، يجوزُ.

ولو باعها نفسَها، صحَّ علىٰ الظاهِرِ؛ لأن بيعَ العبدِ نفسَه، إعتاقٌ علىٰ الحقيقةِ.

فَرْعٌ: إذا أَولدَ جاريتَهُ المحرَّمَةَ عليه بنسَبٍ، أو رَضَاعٍ، أو مُصاهرةٍ، لزمَهُ الحدُّ في قولٍ، والتعزيرُ علىٰ الأظهر.

وعلىٰ القولين: يكونُ الولدُ حرّاً نسيباً، وتصيرُ هي مستولدَةً.

قال الأصحابُ رحمهم اللهُ: ولا يتصوَّرُ اجتماعُ هـٰذه الأحكامِ ووجُوبُ الحدِّ إلاّ في هـٰذه الصورةِ علىٰ أحدِ القولَين.

واعلم: أَنَّ أحكامَ المستولَدَة سبقَتْ مُفرَّقَةً[1] في أبوابها، فتركنا إعادتَها.

قال الإمام الرافعيُّ رحمَهُ اللهُ: قد تيسَّر الفراغُ من هـٰذا الكتابِ في ذي القَعْدَةِ سنةَ ثلاثَ عَشْرَةَ[2] وستِّ مئة.

ونَخْتِمُ الكتابَ بما بدأناه، وهو حَمْدُ اللهِ ذي الجلالِ والإكرامِ، ووليِّ الطَّوْلِ والإنعام، و﴿ ٱلْحَمْدُ لِلَّهِ ٱلَّذِى هَدَىٰنَا لِهَٰذَا وَمَا كُنَّا لِنَهْتَدِىَ لَوْلَآ أَنْ هَدَىٰنَا ٱللَّهُ ﴾ [الأعراف: ٤٣] اللَّهُمَّ صَلِّ علىٰ محمدٍ، وعلىٰ آل محمدٍ، وسَلِّمْ.

قلتُ: قد أحسنَ الإمامُ الرافعيُّ، رضيَ الله عنه فيما حقَّقه، ولخَّصه [١٣٦٦ / أ]، وأتقَنَهُ، واستوعَبه في هـٰذا الكتابِ، ويَسَّرَ الاحتواءَ علىٰ متفرقاتِ المذهبِ، ونفائسِ خفاياهُ علىٰ المفتين، والطلابِ.

واعلم أيُّها الراغبُ في الخيرات! والحريصُ علىٰ معرفةِ النفائسِ المحقّقاتِ، وحلِّ الغوامِضِ والمشكلاتِ، والتبحُّرِ في معرفة المذهبِ، والوقوف علىٰ ما تعتمدُه من المصنَّفاتِ، وتعمدُ إليه عند نزول الفتاوىٰ الغامضاتِ، وتثقُ به عند تعارُضِ الآراء المضطرباتِ، وتحثُّ علىٰ تحصيله مَنْ أردتَ نصحَهُ مِنْ أولي الرغباتِ؛ أنه لم يصنَّفْ في مذهب الشافعيِّ، رضي الله عنه، ما يحصلُ لك مجموع ما ذكرتُهُ، أكمل من « كتاب الرافعيِّ » ذي التحقيقاتِ؛ بل اعتقادي واعتقادُ كُلِّ

---

(١) في المطبوع: « معرفة »، تحريف.

(٢) في المطبوع: « وعشرة ».

مصنِّف[١]؛ أنه لم يوجَدْ مثلُهُ في الكتُبِ السابقاتِ، ولا المتأخراتِ، فيما ذكرتُهُ من هٰذهِ المقاصدِ المهماتِ، وقد يَسَّر اللهُ الكريمُ، وله الحمدُ في هٰذا « المختصر » مع ذٰلك، جُمَلاً متكاثراتٍ من الزوائدِ المتمِّماتِ، والنوادِرِ المستجاداتِ، وغيرِ ذٰلك من المحاسِنِ المطلوبات.

وأسألُ اللهَ الكريمَ أن يكثرَ النفْعَ به لي، ولوالديَّ ومشايخي، وسائِرِ أحبابنا المسلمينَ والمسلماتِ، وحسبُنا اللهُ ونعمَ الوكيلُ، [و] لا حَوْلَ ولا قوَّةَ إلَّا باللهِ العليِّ العظيمِ.

وقد رأيتُ خَتْم هٰذا[٢] الكتابِ بما ختم بهِ الإمامُ أبو عبدِ اللهِ محمدُ بْنُ إسماعيلَ البخاريُّ « صحيحه »؛ أَنَّ رسولَ اللهِ ﷺ قال: « **كَلِمَتانِ حَبِيبَتانِ إلىٰ الرحمٰنِ، خَفِيفتانِ علىٰ اللِّسَانِ، ثَقيلتانِ في الميزانِ، سُبحانَ اللهِ وبحَمْدِهِ، سُبحانَ اللهِ العظيم** »[٣].

والحمدُ لله باطِناً وظاهِراً، وأوّلاً وآخِراً. اللَّهُمَّ! صَلِّ علىٰ محمدٍ عبدِكَ ورسولِك، النبيِّ الأميِّ، وعلىٰ آلِ محمدٍ، وأزواجِهِ، وذُرِّيتِهِ، كما صلَّيتَ علىٰ إبراهيمَ، وعلىٰ آل إبراهيمَ، وبارِكْ علىٰ محمدٍ، وعلىٰ آلِ محمدٍ، وأزواجِهِ وذُرِّيته، كما باركْتَ علىٰ إِبراهيمَ، وعلىٰ آل إِبراهيمَ، في العالمينَ إنكَ حميدٌ مجيدٌ.

آخِرُ الكتابِ

نُقِلَ عن مصنّفِ هٰذا الكتاب، قال مُخْتصِرُهُ يحيىٰ النواوي، عفا الله عنه:

« فرغتُ منه يومَ الأحد الخامسَ عَشَرَ من شهر ربيع الأول سنة تسع وستين وستِّ مئة ».

وقعَ الفراغُ[٤] من تحرير هٰذا الكتاب يوم الأربعاء، التاسع والعشرين من شهر جُمادىٰ الآخرة، سنة أربعٍ وثمانين وستِّ مئة.

---

(١) بهامش (ظ): « مُنْصِف ».

(٢) كلمة: « هٰذا » ليست في (أ)، ولا المطبوع.

(٣) أخرجه (البخاري: ٧٥٦٣) من حديث أبي هريرة. قلتُ: وأخرجه أيضاً: (مسلم في الذكر والدعاء برقم: ٢٦٩٤).

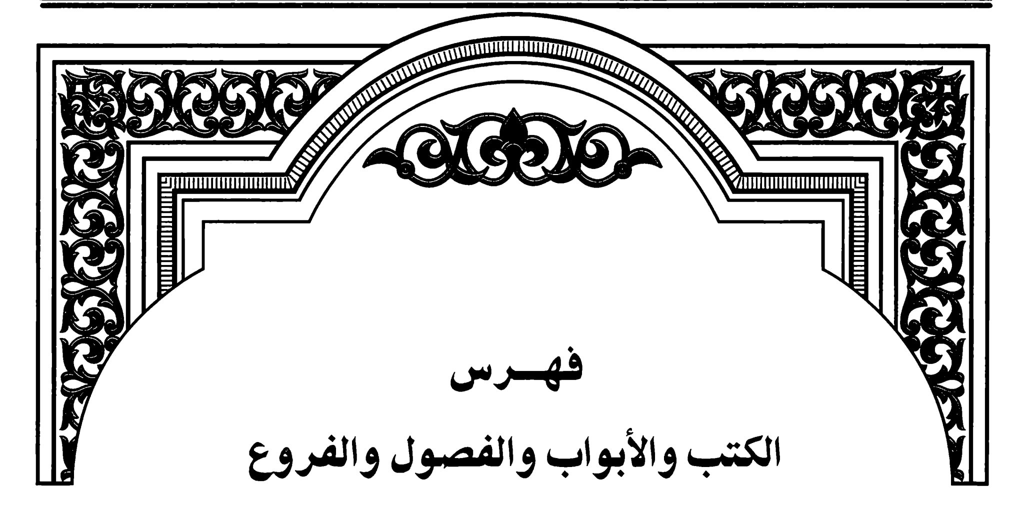
(٤) القائل: « وقع الفراغُ . . . » الناسخُ، وليس المصنف كما ظنَّ بعض من خدم هٰذا الكتاب.

والحمد لله أوّلاً وآخراً، والصلاة على رسوله خاتم النبيِّين، وسيدِ الأولينَ والآخِـريـن، محمـد المصطفـىٰ، وعلـىٰ آلـه وأصحـابـه الطيِّبيـن الطاهرين[1] [١٣٦٦ / ب].

✍ ✍ ✍

(١) وجاء في آخر المطبوع: «. . . إنك حميد مجيدٌ. قال مختصره الإمام الزاهد العابد أبو زكريّا، يحيىٰ بن شرف بن مرِّي النووي: فرغتُ منه يوم الأحد الخامسَ عَشَرَ من شهر ربيع الأول سنة تسع وستين وست مئة، ولله الحمدُ.

غفرَ الله له ولوالديه، ولمن نظر فيه، ولصاحبه، ولمن دعا لهم بالمغفرة ولجميع المسلمين. آمين، ربَّ العالمين ».



فهــرس
الكتب والأبواب والفصول والفروع

الموضوع	رقم الصفحة

٧١ ـ عقد الجزية والهدنة

الموضوع	رقم الصفحة

الموضوع	رقم الصفحة

الموضوع	رقم الصفحة

الموضوع	رقم الصفحة

الموضوع	رقم الصفحة

الموضوع	رقم الصفحة

٧٤ ـ كتاب القضاء

الموضوع	رقم الصفحة

الموضوع	رقم الصفحة
فرع : إذا لم يجد القاضي كفاية فله أن يأخذ رزقاً من بيت المال	٢٨١
فصل : إذا أقر المدعىٰ عليه أو نكل ، فحلف المدعي ، ثم سأل المدعي القاضي أن يشهد علىٰ أنه أقر عنده أو نكل وحلف المدعي ، لزمه إجابته	٢٨٣
فرع : قال الهروي : إن أوجبنا التسجيل علىٰ القاضي لم يجز له أخذ الأجرة عليه	٢٨٦
فصل : يحرم علىٰ القاضي الرشوة	٢٨٧
فرع : قد ذكرنا أن الرشوة حرام مطلقاً والهدية جائزة في بعض الأحوال	٢٨٨
فرع : شهادة الزور من أكبر الكبائر	٢٨٩
فرع : لا يقضي علىٰ عدوه علىٰ الصحيح	٢٩١
فرع : تولّىٰ وصي اليتيم القضاء ، هل له أن يسمع البينة ويحكم له ؟	٢٩١
فرع : متىٰ حكم القاضي بالاجتهاد ثم بان له الخطأ في حكمه فله حالان	٢٩٦
فرع : ما ينقض من الأحكام لو كتب به إليه لا يخفىٰ أنه لا يقبله ولا ينفذه	٢٩٧
فرع : إذا استقضي مقلد للضرورة فحكم بمذهب غير مقلده ، قال الغزالي : إن قلنا : لا يجوز للمقلد تقليد من شاء بل عليه اتباع مقلده نقض حكمه	٢٩٨
فصل : حكم القاضي ضربان : أحدهما : ما ليس بإنشاء وإنما هو تنفيذ لما قامت به حجة	٢٩٨
فرع : هل تقبل شهادته بما لا يعتقده ، كشافعي بشفعة الجوار ؟	٢٩٩
فرع : قال للقاضي رجلان : كان بيننا خصومة في كذا فحكم القاضي فلان بيننا بكذا ونحن نريد أن تستأنف الحكم بيننا باجتهادك ، فهل يجيبهما ؟	٣٠٠
فروع : تتعلق بالحبس	٣٠٠
فرع : إذا رأىٰ بخط أبيه أن لي علىٰ فلان كذا أو أديت إلىٰ فلان كذا ، قال الأصحاب : فله أن يحلف علىٰ الاستحقاق والأداء	٣٠٧
فرع : قال الصَّيْمري : ينبغي للشاهد أن يثبت حلية المقر إذا لم يعرفه بعد الشهادة	٣٠٧

الموضوع	رقم الصفحة

الموضوع	رقم الصفحة

الموضوع	رقم الصفحة

الموضوع	رقم الصفحة

الموضوع	رقم الصفحة

الموضوع	رقم الصفحة

٧٧ ـ كتاب الدعوىٰ والبينات

الموضوع	رقم الصفحة

الموضوع	رقم الصفحة

الموضوع	رقم الصفحة

الموضوع	رقم الصفحة

الموضوع	رقم الصفحة

الموضوع	رقم الصفحة

٧٨ ـ كتاب العتق

الموضوع	رقم الصفحة

الموضوع	رقم الصفحة

الموضوع	رقم الصفحة

٧٩ ـ كتاب التدبير

الموضوع	رقم الصفحة

الموضوع	رقم الصفحة

الموضوع	رقم الصفحة

الموضوع	رقم الصفحة